


BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.



<36622480130011

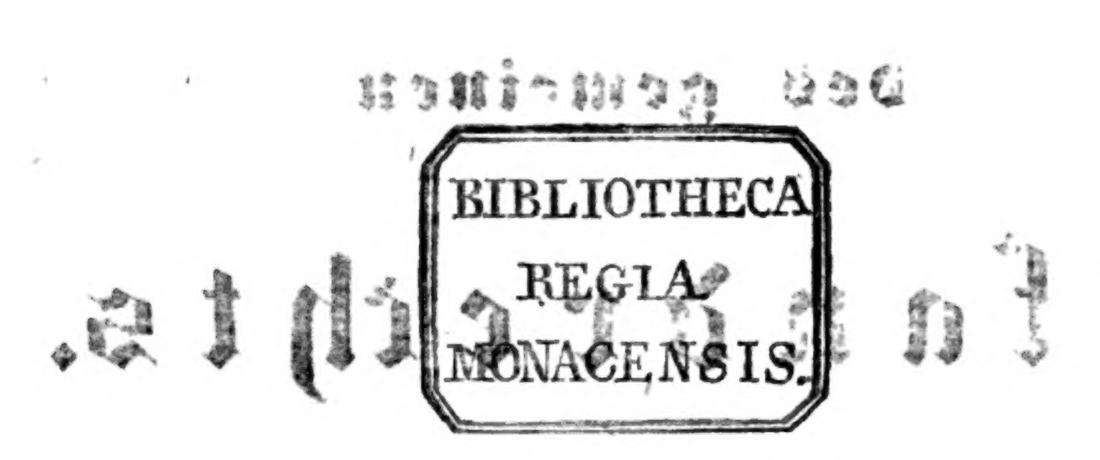
Handbuch
des gemeinen
Pfandrechts.

Von

Karl Friedr. Ferd. Sintenis.

Halle,
bei C. A. Schwetschke und Sohn.

1836.


BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Das Pfandrecht ist keine von den Lehren des Privatrechts, die einer doctrinellen Umgestaltung im Ganzen bedürfte, wie mehrere derjenigen, welche in diesem Jahrhundert Gegenstand solcher Einzelschriften geworden sind, die unsere Literatur zu ihren größten Zierden zählt; daß aber eine neue Bearbeitung desselben ein dringendes Bedürfniß sei, darin wird keiner von Denen, die zu einem Urtheile berufen sind, die Ueberzeugung des Verfassers verleugnen. Reichhaltig zwar im Einzelnen ist dessen Literatur aus älterer wie aus neuerer Zeit, und auch in den schwierigeren und feineren Theilen, von denen in der That nur sehr wenige der Aufmerksamkeit sich bisher ganz entzogen haben; allein als Lehr- und Handbücher sind die älteren, welche wir haben, ohne Ausnahme gegenwärtig völlig ungenügend, und über das einzige neuere Buch von dieser ganzen Lehre hat die öffentliche Meinung mit eben so gutem Grunde, als laut entschieden, daß ihm wissenschaftlicher Werth abgehe. Gewiß beklagt es der Verfasser mit Mehreren, daß der Schriftsteller, welchem das Pfandrecht die beiden neuesten werthvollsten Beiträge verdankt, den über die Natur des Pfandrechts, und über die Verpfändung der *Jura in re*, sich durch die zweite Auflage jenes Buches, — die gleich der ersten dessen Verfasser sehr vorbe-

deutungsvoller Weise, nach eigenem Bekenntniß, neben andern Geschäften nur sechs Monate gekostet hat, — davon hat abhalten lassen, mit ihm in die Schranken zu treten: weil das dringendste Bedürfniß befriedigt sei. Allerdings ist jene zweite Auflage ein so lautes Zeichen dieses Bedürfnisses, wie es kaum ein stärkeres geben kann, allein wir meinen, daß ihm damit ein sehr zweideutiger Dienst geschehen sei. Denn gegen eine noch so große Zahl einzelner Abhandlungen und eine Masse noch so vieles Trefflichen, welches sich überall hin und wieder zerstreuet findet, wird ein die ganze Lehre umfassendes Buch um seiner Unentbehrlichkeit allein willen freilich immer noch seinen Platz behaupten; aber wie ist Befriedigung jenes Bedürfnisses in ihm zu erwarten, wenn man Alles, was die Bestrebungen der Zeitgenossen gefördert haben, geflissentlich abgewiesen und ignorirt sieht? Wenn man überall auf eine Selbstgenügsamkeit stößt, welche die Wahlverwandschaft nur zum Mittelmäßigen hinzieht, die nur daran sich erfreuen und das Bessere nicht erkennen will und kann? — Nicht die Lust, an jenem Buche zum Ritter zu werden — ein wohl unbeneideter Ruhm! — konnte daher den Verfasser des gegenwärtigen dazu bestimmen, seine Kräfte an einem Handbuche der Lehre vom Pfandrechte zu versuchen; er darf sich das Zeugniß geben, aus reiner Liebe für die Wissenschaft dazu nach mehrjähriger Arbeit und längerm Zögern erst dann geschritten zu sein, als er seine Hoffnung, es würden vielleicht mehr dazu Berufene endlich hervortreten, immer wieder von Neuem vereitelt sah.

Zum besondern Ziele seines Strebens machte er es dabei, das Pfandrecht in seinem ganzen Umfange aus den Quellen von Neuem zu entwickeln. Da diese zum größten Theile in einer auch äußern und ziemlich geschlossenen Verbindung unter einander stehen, und das Meiste so faßlich und übersichtlich vortragen und zusammenstellen, daß die Hauptgrundsätze und vornehmsten Wahrheiten, theilweise auch im Einzelnen, den Bearbeitern der

Quellen von jeher fast nicht haben entgehen können, so erwarte man keine neue Entdeckungen über Hauptgesichtspunkte für diese Lehre. Zwar ist die Anwendung der richtigen Ansicht vom Pfandrecht als einer Obligation und die Verwerfung der Eigenschaft eines dinglichen Rechts für dasselbe hier zum ersten Male auf die ganze Lehre in ihrem Gesammtumfange geschehen; doch kann der Verfasser sie nicht als Eigenthum in Anspruch nehmen, da sie schon früher von Andern ausgesprochen worden. Nur weicht er freilich darin wesentlich von ihnen ab, daß er das Pfand nicht als verpflichtete Person, sondern als Gegenstand der Obligation betrachtet. Desto mehr war aber im Einzelnen nachzuhelfen, zu untersuchen, einzureißen und wieder aufzubauen, wie viel auch hier durch die Neueren hin und wieder geschehen war. Mit möglichster Aufmerksamkeit suchte der Verfasser dabei alle thatsächlichen Erscheinungen und Gestaltungen im Gebiete des Pfandrechts und seiner Zubehörungen zu verfolgen und zu betrachten, und die Anwendung der pfandrechtlichen Grundsätze darauf nur nach sorgfältiger Prüfung und gegenseitiger Vergleichung abzuwiegen. Ueberall, wo er Neues und Abweichendes von dem bisher Gangbaren lehrt, ist der Verfasser nur in der Ueberzeugung, dazu den triftigsten Grund zu haben, zu Werke gegangen; auch wird man ihn weit weniger neuerungssüchtig als in der Regel bereit finden, die Praxis zu vertheidigen, wiewohl er diese von verjährten Irrthümern wohl zu unterscheiden sich bemühet hat. Denn wenn irgendwo, ist dies gerade beim Pfandrecht räthlich, das so vielfach und so tief in das Privatinteresse eingreift, und wo das Festhalten am Hergebrachten oft nur um des Bestandenen willen dem theoretisch Richtigern vorgezogen werden mag. Der Verfasser hat jedoch dabei, wenn er auch von seinen Vorgängern nichts auf Treue und Glauben und ohne eigene Prüfung annahm, eine Ungleichheit in der Behandlung des Stoffs nicht vermeiden, noch das gleiche Maaß überall halten können, und oftmals sich in dem Fall gesehen, hier weitläuftigere Untersuchun-

gen anzustellen und über die Meinungen Anderer ausführlich zu berichten, dort das Geleistete nur kurz zu berühren, und sich mit dem einfachen Anführen bereits festgestellter und für richtig allgemein erkannter Resultate zu begnügen. Das gilt namentlich auch von der Auslegung mancher Gesetzstellen, freilich solcher, auf denen als Grundlage ganze Disciplinen beruhen. Seine eignen früher erschienenen Abhandlungen aus diesem Gebiete hat der Verfasser dabei theilweise sowohl darum ausführlicher benutzen zu müssen geglaubt, weil sie nur in geringer Zahl veröffentlicht worden sind, als weil zwischen ihrem Erscheinen und dem des Handbuchs ein zu kurzer Zeitraum liegt, als daß eine allgemeine Würdigung derselben möglich gewesen wäre. Die Gleichheit hätte nur durch Aufopferung der eigenen Untersuchungen, oder durch Mitaufnahme der Erörterungen über bekannte und abgemachte Sachen erreicht werden können. Das erste war darum unthunlich, weil man die Gründe zu den Entscheidungen nur mit Mißbilligung vermißt haben würde; das letztere aber darum unräthlich, weil es in der That überflüssig und unnöthig war. Daher konnte manche wichtige Frage kürzer abgehandelt werden, als manche minderwichtige.

Die ältere Literatur, d. h. die vor dem Glück'schen Commentar, hat der Verfasser, mit Ausnahme der Schrift von Hugo Donellus weniger berührt, und bei Verweisungen auf frühere vorzugsweise mit jenem begonnen, der das Pfandrecht vollständig umfaßt. Dazu mußte sowohl der Umstand bestimmen, daß dieses Buch, worin ja eben ein Hauptverdienst desselben besteht, die ältere Literatur meistentheils erschöpft, und deren Repräsentant ist, als daß es auch in vieler Händen sich befindet. Jedoch wolle man hieraus nicht den Schluß ziehen, als habe das, was die Aelteren hinterlassen haben, keine Prüfung und Berücksichtigung gefunden; im Gegentheil fürchtet der Verfasser nichts weniger, als den Vorwurf, deren Leistungen verkannt, oder nicht gehörig gewürdigt zu haben. Von der neuern

Literatur, d. h. der seit Glück, ist hingegen mit des Verfassers Wissen und Willen nichts ihm Erreichbares unbeachtet geblieben, was der Beachtung werth ist. Er hätte freilich gewünscht, eine solche Uebersicht der ganzen Literatur dem Buche voranstellen zu können, wie z. B. Savigny dem seinigen vom Besitz; allein wenn selbst Mühlenbruch als Lehrer an einer Universität dies für sein Buch von der Cession der Föderungsrechte wegen Mangels der Mittel sich versagen mußte, so wird das Geständniß des Verfassers, der auf seine Privatmittel beschränkt war, es aus gleichem Grunde unterlassen zu haben, noch weniger auffallen.

Soviel endlich die Anordnung des Stoffs angeht, so ließ sich diese nicht systematisch in der Art treffen, daß alles Einzelne unter einen höchsten Gesichtspunkt gebracht, in Theile abgeschieden, und aus einander entwickelt würde, weil das Pfandrecht ein Obligationsverhältniß ist, welches in eine große Zahl verschiedener Lehren des Privatrechts eingreift, und in Zusammenstellung mit ihnen immer neuen Betrachtungen verfällt. Dem gewählten Gange liegt, nachdem der erste Abschnitt zur Einleitung und allgemeinen Characterisirung des Pfandrechts benutzt worden, die Folge zum Grunde: Bedingungen der Entstehung und Erwerbung desselben, Wirkungen, Rechtsmittel, Auflösung; allerdings war bei der gewählten Eintheilung in Abschnitte und Paragraphen zwischen diesen ein Mißverhältniß oft eben so wenig zu vermeiden, als daß nicht Manches schon als bekannt und erörtert vorausgesetzt werden mußte, dessen Untersuchung erst in späteren Theilen folgt. Strenge jedoch hat sich der Verfasser des Abschweifens in fremde Rechtsgebiete zu enthalten gesucht, wozu freilich das Pfandrecht häufig lockende Veranlassung giebt, und wo es unumgänglich war sie zu berühren, sich nur auf das wesentlich Nothwendige beschränkt. Wenn man daher (z. B. aus dem heutigen Concurse, und dem Subhastationsverfahren) Manches ausführlicher behandelt wünschen, oder gar vermissen sollte, so

erinnere man sich, daß man es in einem Handbuche des gemeinen Pfandrechts nicht zu erwarten berechtigt ist. Das Rechtsgeschichtliche ist bei dessen Unentbehrlichkeit für die richtige Auffassung jedes Rechtsstoffs, jedoch nur zu diesem Behufe berücksichtigt, und überall mit Hinblick auf den Titel des Buches behandelt worden, welcher dem geltenden Rechte die Hauptaufmerksamkeit zuwenden mußte. Partikularrechte haben aber gar nicht in den Kreis der Betrachtungen gezogen werden können, denn es wäre dann unmöglich gewesen, eine bestimmte Grenze zu halten, ohne einseitig zu werden.

Statt eines Registers ist zweckmäßiger eine genaue und über alles Einzelne sich verbreitende Inhaltsübersicht und ein Quellen-Verzeichniß beigegeben.

Zerbst, den 31. Mai 1836.

Dr. S.

Inhaltsübersicht.

Erster Abschnitt.

Von

der Natur des Pfandrechts.

Zweiter Abschnitt.

Von

den Foderungen als Haupterfodernissen des Pfandrechts.

Dritter Abschnitt.

Von

den Sachen als Gegenständen des Pfandrechts.

§. 22. Von der Verpfändung der Foderungen.

§. 23. Von der Verpfändung des Pfandes oder des Pfandrechts.

Vierter Abschnitt.

Von

den Entstehungsgründen des Pfandrechts.

§. 24. Allgemeine Bemerkungen.

§. 25. Von der allmähligen Bildung des freiwilligen Pfandrechts.

§. 26. Von dem freiwilligen und zwar I. dem vertragsmäßigen Pfandrechte.

§. 27. Vom Pfandcontract.

§. 28. Von den Nebenverträgen zum Pfandcontract.

§. 29. II. Von dem letztwillig bestellten Pfandrechte.

§. 30. Von dem öffentlichen und dem privaten Pfandrecht.

§. 31. Vom nothwendigen Pfandrechte.

§. 32. Vom gesetzlichen Pfandrechte.

Fünfter Abschnitt.

Von

den einzelnen nothwendigen Pfandrechten im Besondern.

§. 33. Von den besondern gesetzlichen Pfandrechten.

§. 34. Von den allgemeinen gesetzlichen Pfandrechten.



Erster Abschnitt.
Von der Natur des Pfandrechts.

§. 1.
Allgemeine Bemerkungen über die Natur der Rechte in Anwendung auf das Pfandrecht.

Das Römische Recht hat eine systematische Eintheilung der Rechte, in solche, welche ohne Rücksicht auf eine bestimmte Person gegen Jedermann geltend gemacht werden können, und in solche, deren Wirkung nur gegen gewisse Individuen gerichtet ist, nirgends ausgesprochen; dagegen erkennt es die Eintheilung der Klagen in solche in rem und in personam an [1]). Die Eintheilung in dingliche oder Sachenrechte, jura in re, in rem, *realia*, und in persönliche oder Foderungsrechte, obligationes, *jura personalia*, ist vielmehr mit den letzteren Benennungen erst seit der Zeit entstanden, wo das Römische Recht Gegenstand des Lehrens und Lernens im Mittelalter von Neuem ward, indem man nun davon ausging, daß die Rechte den Klagen zum Grunde liegen, und daraus schloß, die Eintheilung dieser müsse mit der jener übereinstimmen [2]). Je weniger man hierbei von den Rechtsquellen unterstützt wurde, desto größer [3]) war der Streit über die richtige Begränzung der einzelnen Classen, indem das Römische Recht ebenso reich an Merkmalen scharfer Unterscheidung des Wirkungskreises einzelner Rechte, als arm an denen einzelner Hauptclassen derselben ist, zumal seitdem man

1) *Mühlenbruch* Doctrina Pandectarum, §. 79. Wening-Ingenheim Civilrecht Th. I. S. 87.

2) Thibaut Versuche Th. II. S. 23 ff. u. 30.

3) Glück Pandecten Th. II. §. 275 b. Thibaut a. a. O.

sich überzeugt hatte, daß die im Römischen Rechte vorkommenden Kunstausdrücke für die Eintheilung der Klagen mit der selbst gebildeten der Rechte nicht übereinstimmen [1]), weil das Bedürfniß, zu systematisiren, dasselbe blieb, und sich stets vermehrte. Das letztere ist für uns nicht wegzuleugnen, sobald von wissenschaftlicher Bearbeitung die Rede sein soll.

In neuerer Zeit hat sich nun besonders, seitdem man auf den richtigen römischen Begriff der Obligatio aufmerksam geworden, für die Eintheilung der Rechte der Gegensatz des Sachenrechts, oder Rechts an Sachen, zum Foderungsrechte geltend gemacht, indem man unter dem ersteren das Eigenthum und die sogenannten dinglichen Rechte verstand. Für richtig wurde dabei die Begriffsbestimmung des Sachenrechts dahin anerkannt, daß es das Recht an einer Sache gegen Alle gerichtet sei, d. h. welches gegen Jedermann ohne Unterschied der Person geltend gemacht werden könne. Danach stellte man unter das erstere in der Voraussetzung, daß dies dem Römischen Rechte ganz entsprechend sei, folgende fünf Rechte: das Eigenthum, die Dienstbarkeiten, die Emphyteusis, die Superficies und das Pfandrecht. Es fehlte dabei nicht an Versuchen, Unterabscheidungen und Theilungen zu treffen, auch wohl andere noch hinzuzurechnen; namentlich wollte man das Pfandrecht den übrigen entgegensetzen, weil diese selbstständiger Natur wären, jenes nicht [2]). So ward lange und bis auf die neueste Zeit das Pfandrecht als ein reines Recht an einer Sache, gleich den Dienstbarkeiten, betrachtet.

Seit Kurzem erst fing man an, die Eigenschaft der Emphyteusis und Superficies als Sachenrechte zu bezweifeln, und sie als Befugniß zu den Eigenthumsrechten und Eigenthumsklagen in Beziehung auf die körperliche Sache selbst, jedoch ohne Eigenthum, zu betrachten [3]), oder noch lieber sie als Obligationsverhältnisse anzusehen [4]). Welche dieser Ansichten die richtige sei, zu untersuchen, gehört hier nicht

---

1) Thibaut a. a. O. Wening a. a. O. S. 88.

2) Ders. a. a. O. S. 278.

3) Malett Pandectenr. Th. I. §. 221.

4) Hugo Lehrbuch d. h. Röm. Rechts. §. 37. (1) §. 246.

her; nur soviel sei bemerkt, daß beide, wenigstens wenn für die Superficies kein Grundzins bestimmt worden, nicht in eine Classe zu setzen seien, vielmehr die letztere dann zu den eben gedachten Eigenthumsrechten in Bezug auf die Sache selbst ohne Eigenthum zu rechnen sei, die erstere hingegen mehr zu den Obligationen gehöre, was von der Superficies im Fall stattfindenden Grundzinses, wegen dann vorhandener Aehnlichkeit mit dem Pacht, auch gilt. — Ebenso erging es dem Pfandrecht. Auch für dieses wurde [1]) bemerkt, daß sich eine innere Aehnlichkeit mit den Obligationen nicht verkennen lasse, weshalb auch eine wesentliche Verschiedenheit desselben von den andern Rechten auf Sachen zu erwarten sei. Zuerst sprach Mühlenbruch entschiedener aus [2]), daß das Pfand als ein verpflichtetes Subject zu betrachten sei; worin also das Obligationsverhältniß angedeutet ist. Demungeachtet unterscheidet er aber noch zwischen dinglichem Pfandrecht, als dem an körperlichen Sachen, für welches allein der Vindicationsproceß Statt habe, und anderen (verpfändeten Foderungen), und erklärt auch den Begriff der Obligatio rei für das Pfandrecht als ein dingliches selbstständiges Recht, obwohl verschieden, formell wie materiell, von den Dienstbarkeiten [3]). — Diese bis dahin ohne Benutzung und fast unbeachtet gebliebenen Andeutungen verfolgte sodann Büchel [4]), und suchte das Obligationsverhältniß des Pfandes, und zwar besonders aus dem Gesichtspunct der subjectiven Eigenschaft des letztern, genauer und auf die ganze Lehre eingreifender darzustellen, so daß es ein wirkliches Foderungsrecht sei, welches sich nur dadurch von andern unterscheide, daß hier nicht eine Person, sondern eine Sache als das verpflichtete Subject erscheine, und daß eben deshalb, wenigstens so weit eine körperliche Sache, oder ein an einer solchen stattfindendes Recht das

---

1) s. Riedel in Hugo's civil. Magazin. Th. V. S. 117.

2) Cession S. 10. Anm. 18.

3) In seiner Doctrina Pandectarum erklärt er §. 305. pignus für obligatio rei, *seu* jus in re aliena creditori ejus, quod sibi debetur, servandi caussa constitutum.

4) Von der Natur des Pfandrechts. S. 1 ff.

verpflichtete Subject bildet, nicht eine in personam Actio, sondern eine in rem Actio zu dessen Geltendmachung gegeben sei.

So ist man in den Ansichten über das Pfandrecht von der Grenze des Sachenrechts bis zum Foderungsrechte, von einem Endpuncte bis zum andern gegangen.

Daß die bisher fast allgemein angenommene Eintheilung der Rechte ungenügend sei, beweisen die mannigfachen Zweifel, Abweichungen und Bedenken, welche dagegen erhoben worden sind [1]); daß ferner der Gegensatz des Sachenrechts zum Obligationenrecht auch an sich gar nicht erschöpfend, geschweige ein allgemeiner sei, daß er dem Römischen Sprachgebrauch nicht entspreche, noch seine Ableitung aus der Eintheilung der Klagen richtig sei, geben selbst Die zu, welche ihn ihrem Systeme zum Grunde legen [2]). Eine Erörterung der Eintheilung der Rechte liegt hier zu fern, als daß darauf genauer eingegangen werden könnte; dennoch ist der Gegenstand für die Natur und die Classification des Pfandrechts zu wichtig, um ganz unberücksichtigt zu bleiben.

So räthlich es wäre, die Classification der Rechte von der Betrachtung des Rechts im objectiven Sinn aus (Omne jus autem quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones [3]), also von der reinpractischen Seite aufzufassen, so wenig ist zu leugnen, daß dieselbe im subjectiven Sinn geeigneter für die Erlernung und wissenschaftliche Behandlung ist. Eine Entwickelung der Eintheilung aus einem höchsten Gesichtspunct, worunter sich alle Rechte, als in einer Verwandtschaft und im systematischen Zusammenhange mit einander stehend begreifen lassen, scheint jedoch weniger befriedigend möglich, als vielmehr die Aufstellung gewisser Hauptbegriffe, unter welche sich alle verschiedenen Rechte zusammenstellen lassen, aber nicht streng nach Gegenstand und Umfang geschieden, weil hiernach ein

---

1) **Thibaut** Pandect. §§. 60. 61. **Braun** zu diesen §§. **Thibaut** Versuche a. a. O. **Fritz** Erl. zu **Wenings** Lehrb. Heft 1. S. 243 f.

2) **Wening** a. a. O. S. 89., welcher auf jene Mängel selbst aufmerksam macht.

3) *Gaj.* I. 8. Fr. 1. *de Statu homin.* §. ult. J. *de j. n. g. et civ.*

Recht nicht in verschiedene Classen getrennt behandelt werden kann, obwohl diese beiden Merkmale einzig und allein die Verschiedenheit im Einzelnen begründen. Hiernach scheinen sämmtliche privatrechtliche Befugnisse unter folgende Hauptbegriffe gestellt werden zu können:

1. Rechte, die sich auf angeborene oder gesetzlich begründete, oder anerkannte persönliche Verbindung mit andern Menschen beziehen; diese kann man auch kurz persönliche Rechte nennen, weil sie nur die Persönlichkeit eines bestimmten Menschen betreffen, oder in derselben ihren Grund finden; — Jura status, die s. g. Familienrechte, die Rechte der Ehegatten, das Erbrecht — .

2. Eigenthum und Eigenthumsbefugnisse; — Theilung der einzelnen Ausflußrechte des Eigenthums zwischen Mehreren, mit gemeinschaftlicher oder abgesonderter alleiniger Ausübung; Dienstbarkeiten; unter gewissen Umständen die Superficies; verschiedene Gestaltung des Eigenthums.

3. Foderungsrechte, welche man, je nachdem sie entweder nur gegen eine bestimmte Person wegen eines obligatorischen Verhältnisses mit Ausschluß der Möglichkeit, sie gegen Andere geltend zu machen, und ganz abgesehen von dessen Gegenstande, oder gegen Jedermann, und lediglich in Bezug auf den Gegenstand durchgesetzt werden können, in persönliche und dingliche theilen kann.

Die Frage, wohin nun das Pfandrecht gehöre, beantwortet sich hiernach von selbst, — es ist ein dingliches Foderungsrecht.

§. 2.

Das Pfandrecht ist ein dingliches Foderungsrecht.

So weit zu gehen, das Pfand als Subject eines obligatorischen Verhältnisses zu betrachten, ist, so scharfsinnige Folgerungen auch daraus gezogen worden sind, doch unzulässig; denn man müßte alsdann das Pfand für ein Individuum ansehen, mit dem man contrahirt. Von einer solchen Personaleigenschaft ist in den Rechtsquellen keine Spur, und

nichts berechtigt, auf sie zu schließen. Die Anwendung [1]) des Unterschiedes der Rechte, welche sich auf Personen beziehen, je nachdem die fragliche Person der privatrechtlichen Herrschaft des Berechtigten unterworfen sei, oder davon unabhängig nur in einem solchen äußern Beziehungsverhältniß stehe, daß ein Anspruch gegen sie geltend gemacht werden könne, — Obligation — auf die in Ansehung von Sachen stattfindenden, um daraus so geeigenschaftete Rechte zu folgern, kraft deren Jemand unmittelbar in Beziehung auf eine Sache als berechtigt erscheint, ohne daß sie seiner privatrechtlichen Herrschaft in bestimmter Rücksicht als unterworfen zu betrachten wäre, wo vielmehr die Sache in einem ähnlichen Verhältniß gedacht werden müsse, wie der Schuldner zu seinem Gläubiger, kann an sich schon den letzten Schluß nicht rechtfertigen; er erscheint aber auch darum als verfehlt, weil dadurch gerade das, was den Begriff der Sache in rechtlicher Hinsicht bildet, nemlich daß sie Gegenstand der Rechte ist, verwischt würde. Aus demselben Grunde erscheint die Anwendung jenes Unterschieds auf die Rechte an Sachen überhaupt als unzulässig, wozu noch der unbestimmte Begriff der letzten kommt. Wird nemlich darunter [2]) auch das Recht verstanden, eine von der privatrechtlichen Herrschaft des Berechtigten unabhängige Sache von demselben nur vermöge der öffentlichen Gewalt in Anspruch zu nehmen, d. h. ein bloßes Beziehungsverhältniß des Berechtigten zur fraglichen Sache, ohne materielle Unterwerfung derselben unter seine Gewalt, so fällt dies offenbar mit dem einfachen Foderungsrechte, also dem hier so bezeichneten Rechte auf Personen der zweiten Art nach dem angedeuteten Unterschiede zusammen; denn das Beziehungsverhältniß der Berechtigten zu den fraglichen Gegenständen ist entschieden dasselbe. Ein Unterschied fände also hiernach gar nicht statt; allerdings aber ist ein solcher dadurch begründet [3]), daß die Rechte aus

1) S. Büchel a. a. O. S. 25. Schon Gesterding Lehre vom Pfandrecht S. 5. hat, übrigens ohne vielleicht sich etwas Weiteres dabei in obigem Sinne zu denken, ausgesprochen, beim Pf. R. sei eine Sache so verpflichtet, wie bei der Bürgschaft einer Person.

2) Büchel S. 26.

3) was Büchel wohl durch die

rein obligatorischen Verhältnissen nur gegen die obligirte Person geltend gemacht werden können, das Pfandrecht dagegen wider jeden Besitzer des Pfandes. Um dies doch zu erreichen, ist nun eben die Vorstellung von der Personalität des Pfandes aufgestellt worden. — Allein daraus, daß das Pfandrecht eine Obligation, ein Foderungsrecht ist, dessen Gegenstand überall, wo er sich findet, und abgesehen von einer bestimmten Person verfolgt werden kann, (was ja in andern Fällen, z. B. in Bezug auf das metus caussa Abgepreßte, auch geschehen darf,) folgt doch nicht, daß das Pfand hier anstatt der obligirten Person bei andern Foderungsrechten sei, die nur gegen bestimmte Menschen geltend gemacht werden können. Man braucht auch in der That nur zu bedenken, wohin dieser Satz durch Consequenz führen müßte. Vielleicht ist der Vergleich, daß das Pfand statt des Rechtssubjects sei, nur aus dem zu weit getriebenen Bestreben entstanden, um zu zeigen, wie weit es entfernt sei, ein sogenanntes dingliches Recht zu sein [1]).

Hinweisung auf den Unterschied der Rechte, je nachdem sie sich überhaupt auf Sachen oder Personen beziehen, andeuten wollte, obwohl diese Abtheilung, da sie den Umfang der Rechte vom Gegenstande trennt, ohne eine Combination beider aber eine klare Anschauung von den Grundverschiedenheiten der Rechte nicht gewonnen werden kann, ungenügend ist. S. Fritz a. a. O. S. 55.

1) Ganz irrig wird dem Römischen Rechte aufgebürdet, daß schon ihm zufolge das Pfandrecht ein Jus in re sei, wie *Gaupp* de Nominis pignore S. 10. will. Man bedenke nur, daß dasselbe den Begriff des Jus in re aliena, welchen unsere Compendien ohne Ausnahme haben, gar nicht kannte! Es werden dazu vier Stellen angeführt, Fr. 18. §. 2. *de P. A.* C. 15. *de Pignoribus*; in diesen steht gar nichts davon, und sie scheinen falsch citirt; die beiden andern Fr. 19. pr. *de Damno infecto*, und Fr. 30. *de Noxalib. action.* sind wahrscheinlich (beide aus *Gajus* ad Ed. Praet. urb. Tit. de damno inf.) wegen der wörtlichen Uebereinstimmung eine und dieselbe Stelle. Daß es darin heißt, der Pfandgläubiger habe ein Jus *in ea* re (sc. obligata) beweist nichts, da freilich von dem Foderungsrecht des Gläubigers gesagt werden muß, daß, weil es dinglicher Natur, d. h. auf eine bestimmte Sache bezüglich ist, es auch an derselben Statt habe, lateinisch also: Jus in aliqua re zu bezeichnen sei. Dieser Ausdruck ist aber weit entfernt, ein technischer, oder für eine Classe von Rechten bestimmter zu seyn. Wie wenig damit für die beabsichtigte Characterisirung des Pfandrechts gewonnen werde, beweist am besten die vielfache Deutung des: Jus in re. Bald heißt es Eigenthum, bald wird eine Dienstbarkeit darunter verstanden, bald ein persönliches Recht, wie Miethe und Commodat, s. Fr. 2. §. 22. *Vi bonor. rapt.*, so daß das vorher Gesagte durchaus bestä-

Daß das Pfandrecht eine Obligatio rei sei, und kein s. g. dingliches Recht, diesen Beweis hat Büchel mit Erfolg unternommen, und es dadurch leicht gemacht, auf dem gewonnenen Grunde fortzubauen.

Zuerst ist nemlich unseres Dafürhaltens darauf aufmerksam zu machen, daß der Begriff des dinglichen Rechts dem Römischen Rechte eben so fremd als falsch ist; wer denselben für das Pfandrecht in Anspruch nimmt, betrachtet dasselbe von vorn herein aus einem schiefen Gesichtspuncte. Es kann sich daher nur fragen, inwiefern dasselbe einige Aehnlichkeit mit denjenigen Rechten habe, welche unter jenem Begriff gemeiniglich verstanden werden. Daß eine solche aber außer der Verfolgung des Pfandes gegen Jedermann nicht vorhanden sei, wird sich aus dem Beweise, daß es eine Obligation sei, von selbst ergeben. Der angedeutete Aehnlichkeitsgrund, daß das Pfandrecht wie die andern hier gemeinten Rechte mit einer Klage in rem verfolgt werde, ist nun aber um so weniger von Bedeutung, als die Klagen in personam sich von denen in rem generisch gar nicht dadurch unterscheiden, daß letztere gegen jeden Besitzer angestellt werden können [1]). Die innere Bedeutung der Klagen liegt nemlich nicht darin, je nachdem sie gegen alle oder eine bestimmte Person geltend gemacht werden können [2]), sondern dies ist nur eine nothwendige Folge des sie bedingenden Rechtsverhältnisses, wie die rechtliche Begründung der schon erwähnten Klage quod metus caussa, ferner der Klage ad Exhibendum u. s. w. [3]) deutlich beweist. Wiederum können in manchen Fällen s. g. dingliche Klagen nicht gegen jeden Besitzer angestellt werden, wie die Erbschaftsklage und selbst die Eigenthumsklage, welche beide z. B. gegen den Pächter uud Commodatar vergeblich gerichtet werden. Ja es ist nicht einmal der Character der dinglichen Klagen, gegen den Besitzer erhoben zu werden, das beweisen die confessorische und

---

tigt und Jus in re nie dem persönlichen Recht entgegengesetzt wird; vergl. Wening a. a. O. S. 89 ff.

1) Thibaut Versuche. Th. II. S. 35.
2) Büchel S. 102.
3) Ders. S. 103 f.

negatorische Klage. Wer hier bloße Ausnahmen annehmen wollte, würde damit eben soviel Widersprüche gegen seine eigene Begriffsbestimmung erhalten.

Der Beweisgründe für die Eigenschaft des Pfandrechts als einer Obligation giebt es äußere und innere. Zu jenen gehören zuvörderst [1]) die für Verpfänden gebrauchten Ausdrücke: obligare (auch pignori), pignus vel hypothecam obligare, rem pignori vel hypothecae obligare, rem pignoris vel hypothecae jure obligare, rem in obligationem deducere, rem obstringere oder nectere, ferner für Verpfändung und Pfandrecht: obligatio, pignoris vel hypothecae vinculum oder nexus, und für das Pfand res obligata, res pignoris vel hypothecae jure obligata, obstricta; für den Zustand des Verpfändetseins, pignori oder pignoris jure teneri; — für die Beendigung des Pfandrechts distrahere und liberare, luere, solvere, oder dissolvere. Diese Ausdrücke, welche das Pfandrecht mit den persönlichen einfachen Foderungsrechten gemein hat, lassen sich mit so viel Hunderten von Stellen belegen, daß sie durchaus als die gewöhnlichen und nicht etwa nur als hin und wieder gebräuchliche erscheinen. Hierdurch ist unverkennbar eine innere Verwandtschaft des Pfandrechts mit dem persönlichen Foderungsrecht angedeutet, und wollte man auch nur eine äußere Aehnlichkeit erkennen, so würde diese immer groß genug sein, anzuregen und aufzufodern, der innern nachzuforschen. Treffend ist daher ferner auf einen allgemeinen Ausspruch des Octavenus [2]) aufmerksam gemacht worden, der die Obligationen dahin characterisirt: ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt; libertas autem pecunia lui non potest etc. Daß dieses entscheidende Kennzeichen auf das Pfandrecht vollkommen passe, leuchtet ein, selbst wenn man nicht geneigt wäre zu der Annahme, daß Octavenus bei lui gerade an das Pfandrecht, als auf dessen Auflösung im technischen Sinne zu beziehen, gedacht habe; denn man erwäge ferner

1) S. Büchel S. 27. und dort die Beispiele.

2) Fr. 9. §. 2. *de Statuliberis.*

die Gleichstellung der Obligationen des Pfandrechts und der Bürgen [1]).

Zu den innern Beweisgründen wird mit Recht [2]) vor Allem die Entstehung des Pfandrechts durch bloßen Vertrag [3]) gerechnet, weil solche ohne Uebergabe zunächst nur ein Obligationsverhältniß begründen können, und kein Recht an einer Sache (in gewöhnlicher technischer Bedeutung [4]); kein anderes Recht entsteht durch Vertrag allein, als ein Foderungsrecht; dies greift so in das Innerste des Wesens der Rechte ein, daß es unseres Bedünkens keinen stärkern Beweisgrund für die Obligationseigenschaft des Pfandrechts geben kann. Man bemerke nur, wie das Pfandrecht gleich jeder Foderung wesentlich dadurch erlischt, daß der Obligation, wofür es haftet, genügt wird, das Obligiren also einzig in Absicht auf das künftige Solviren geschieht [5]). Die rechtliche Natur und die Folgen des Pfandrechts bringen es freilich mit sich, daß dieses selbst dann nicht erlischt, wenn der Berechtigte das Pfand verfolgt und erlangt hat, was bei den andern Obligationen der Fall ist; — allein das ist hier nothwendige Gestaltung der Dinge und Folge aus dessen Zweck, der nicht auf das eigenthümliche Behalten, sondern auf das Veräußern gerichtet ist. Der nachfolgende Besitz ist also nur ein modificirter, ein fortgesetzter Zustand des Pfandrechts. Darum thut auch derselbe beim Pfandcontract der obligatorischen Natur des Pfandrechts, wegen dessen zugleich eventuellen Characters, weil das Verhältniß des Pfandcontracts ein besonderes ist, welches zum Pfandrechte noch hinzutritt, so wenig Eintrag, als umgekehrt das letztere aufgehoben wird, wenn der Gläubiger dem Pfandbesteller das

---

1) Fr. 5. §. 2. *Quib. mod. pignus solv.* — Si convenerit, ut pro hypotheca fidejussor daretur, et datus sit, satisfactum videbitur, ut hypotheca liberetur. Aliud est si jus obligationis vendiderit creditor et pecuniam acceperit: tunc enim manent omnes obligationes integrae, quia pretii loco id accipitur, non solutionis nomine. (MARC. *lib. sing. ad f. h.*)

2) Büchel S. 39.

3) C. 20. *de Pactis.* — Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

4) De Pignore jure honorario nascitur pacto actio, tollitur autem per exceptionem, quoties paciscor ne petam, Fr. 17. §. 2. *de Pactis.*

5) Riedel a. a. O.

Pfand precario wiedergiebt. — Von größter [1]) Wichtigkeit ist hier ferner das geflissentliche Hindeuten des Römischen Rechts, daß die auch nicht aus Verträgen, sondern andern Entstehungsgründen herrührenden Pfandrechte, wie das gesetzliche und das richterliche, gleichsam als aus Verträgen entsprungen zu betrachten seien, (s. §. **24. 31. 37** u. **38.**), und das ist allerdings zur juristischen Begründung der obligatorischen Natur dieser Pfandrechte sehr wesentlich.

Nicht minder zu beachten ist hier der Umstand, daß am Pfandrechte kein Quasi-Besitz Statt findet, wohl aber an den andern sonst dingliche genannten Rechten, sondern ersteres darin den Foderungen aus Obligationsverhältnissen ganz gleichsteht. Darum kann auch das Pfandrecht nicht gleich andern Rechten wirklich veräußert, sondern nur durch Abtretung der Klage auf einen Andern übertragen werden, weil es eben das Characteristische der Obligationen ist, daß sie durch das Aufhören in der Person des zeitherigen Gläubigers oder Schuldners gänzlich erlöschen, mithin nicht in der Art fortdauern, daß der bisherige Gläubiger dies zu sein aufhört, sondern nur, daß das Recht auf einen Andern übertragen werden kann, sie geltend zu machen. So findet nun ebenfalls nur eine Abtretung, nicht eine Veräußerung, des Pfandrechts auf die Weise Statt, daß es selbst in der Person des bisherigen Gläubigers fortbesteht, die Geltendmachung desselben aber einem Andern überlassen wird [2]). Ein fernerer noch nicht berücksichtigter Umstand, der das Pfandrecht als eine Obligation erscheinen läßt, ist seine accessorische Natur. Das Pfandrecht ist nemlich nicht nur kein selbstständiges Recht, d. h. es kann ohne ein anderes besonderes

---

1) Büchel hat das noch nicht berücksichtigt.

2) Vergl. z. B. Fr. 66. *de Evictionibus.* — Si, cum venditor admonuisset emtorem, ut Publiciana potius vel ea actione, quae de fundo vectigali proposita est, experiretur, emtor id facere supersedit, omnimodo nocebit ei dolus suus, nec committitur stipulatio. Non idem in Serviana quoque actione probari potest: haec enim etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat, *et soluta pecunia venditori dissolvitur: unde fit, ut emtori suo nomine non competat.* (Pap. 28. *Qu.*)

Rechtsverhältniß nicht gedacht werden, sondern es kann für ein solches überhaupt nur soweit bestehen, als dasselbe von wirklich obligatorischer Natur ist. Diese durchaus wesentliche Verbindung scheint darum für eine solche auch des Pfandrechts zu sprechen, weil die Hauptfoderung als das belebende Mittel für das Pfandrecht erscheint.

Wenn man, zuletzt, das Pfandrecht deshalb zu den Sachenrechten zählte, daß es gegen Jedermann gelte, so ist ferner außer Acht gelassen, daß das ganze Recht [1]) nur in der hypothekarischen Klage besteht [2]), dieses aber das Kennzeichen der Obligationen ist. Alle andern Rechte, außer diesen, können nemlich darum unabhängig von der Klage gedacht werden, welche freilich für sie nicht fehlen darf, weil der Besitz daran nicht nur zulässig, sondern auch weil er als regelmäßiger Zustand zu betrachten, die Klage also nur dazu da ist, dessen Störung wieder herzustellen. Anders ist es mit den Obligationen, diese betreffen nur ein einstweiliges Verhältniß, auf dessen Auflösung, nicht auf dessen immerwährende Dauer es abgesehen ist, und darin steht ihnen das Pfandrecht ganz gleich. So wenig der Gläubiger aus dem einfachen Obligationsverhältniß ein Recht außer der Klage hat, und wie er mit diesem Alles verliert [3]), so besteht auch des Pfandgläubigers Recht nur in der Klage; denn das bloße obligatorische Beziehungsverhältniß zum Verpfänder, welches diese begründet, gewährt demselben gerade außer der Klage

---

1) Der Verkauf des Pfandes ist auch ein Recht des Gläubigers, aber das ist nur Folge und Wirkung des Pfandrechts; solcher giebt es noch mehr, s. §. 53. und darin liegt natürlich nichts dem oben Gelehrten Widersprechendes.

2) Es ist hier das Klagrecht gemeint, nicht gerade die Klage als besonderes Rechtsmittel, mithin auch die Einrede zu verstehen, was wegen des Pfandrechts, worauf sich der besitzende Pfandgläubiger einredeweise bezieht, und wegen der klaglosen Obligationen, die nur eine Einrede gewähren, zu bemerken war. Wegen letzterer meint zwar Büchel a. a. O. S. 99. 5), daß dies nur singulär sei, und die Regel nicht aufheben könne; allein es ist in der That weit weniger eine Ausnahme, als vielmehr Modification des Klagrechts für diese besondere Art von Obligationen (natürliche), die Einrede also Surrogat der Klage, und die Obligation besteht dann eben in diesem Surrogat. S. meine Lehre von den Einreden in Zu-Rheins Jahrbüchern des Prozesses S. 235 ff.

3) S. Büchel S. 99 u. 135.

nichts. Man wende auch (wie schon gedacht) dawider nicht etwa ein, daß dann der Pfandbesitzer kein Pfandrecht habe, weil er das besitze, was durch die Klage erreicht werden könne; denn das paßt nicht nur dann nicht, wenn er um das Pfand kommt, wo er stets die Klage wieder erhält, mithin sein Recht immer bewahrt, sondern der Besitz kann ja der Natur des Pfandrechts nach noch als kein endlicher Zustand angesehen werden, und ist das Pfandrecht nicht selbst. Noch weniger thut dem Gesagten die irrige Annahme Eintrag, daß das Pfandrecht nach Wegfall der Klage zuweilen noch einredeweise geltend gemacht werden könne, oder daß die Bestellung eines Pfandrechts Wirkungen mit Ausschluß der Klage habe (s. §§. **10. 11.**). Denn in solchen Fällen (wo allemal ein Faustpfand und keine Hypothek gemeint ist) ist jene Einrede gar nicht Folge eines noch bestehenden Pfandrechts, sondern des Besitzes, der sich in der Regel auf ein Pfandrecht stützt, aber nach dessen Wegfall fortdauert. Es ist also dann kein Pfandrecht, das geltend gemacht würde, sondern ein Innebehaltungsrecht.

Die Regel aber: das Pfandrecht besteht in der Klage, und ohne Klage kein Pfandrecht, welche strenge Folge seiner Eigenschaft als Foderungsrecht ist, leitet wie ein sicherer Compaß durch die ganze Lehre von demselben, und es wird sich vielfache Gelegenheit darbieten, sie zu benutzen, und auf sie zurückzuweisen.

Diesen Unterschied zwischen dem Pfandrechte und den andern sonst zu den dinglichen gezählten Rechten, und den Character des erstern als einer Obligation erkennt das Römische Recht mehrfach ausdrücklich an. Hierher gehört vorzüglich [1]) Fr. 27. *de Noxalibus actionibus.*

> Si noxale judicium agitur de servo, qui pignoris jure tenetur, aut de eo, cujus ususfructus alterius est, admonendi sumus, si creditor vel usufructuarius praesens defensionem suscipere noluerit, proconsulem interventurum, et pignoris persecutio-

1) S. Büchel S. 136 ff.

nem vel usus fructus actionem negaturum. Quo casu dici potest, ipso jure pignus liberari; nullum enim pignus est, cujus persecutio negatur. Ususfructus autem etiamsi persecutio ejus denegetur, ipso jure durat eousque, donec non utendo constituto tempore pereat. (GAI. 6. *ad Ed. prov.*)

Die Gegeneinanderstellung des Nießbrauchs mit dem Pfandrechte in einem höchst wesentlichen Puncte liegt hier klar vor Augen, und gewiß ist es auffallend, daß Alle sie ignorirt haben, welche das Pfandrecht und den Nießbrauch in eine Classe setzen, — der s. g. dinglichen Rechte. — Damit steht auch völlig im Einklang, wenn die Obligation der Bürgen und des Pfandes unter dem Inbegriff omnes obligationes [1]) zusammengefaßt, und die Pfänder res in actionibus constitutae genannt werden.

Hiernach wird also die Begriffsbestimmung des Pfandrechts [2]) allerdings dahin als richtig nicht zu leugnen sein, daß es ein dingliches Foderungsrecht [3]) der zur Sicherheit einer Hauptfoderung bestellten Sache, des Pfandes, sei, um aus deren Werth die Foderung für den Fall ausbleibender Zahlung im gesetzlichen Wege zu befriedigen. Pfand ist demnach: res omnis pro debito obligata [4]).

Das Resultat unserer Beweisführung würde, wenn es nöthig wäre, noch dadurch eine Bestärkung erhalten, daß man bei den bisher von Andern aufgestellten Begriffsbestimmungen des Pfandrechts sich genöthigt gesehen hat, gleich von vorn herein Ausnahmen aufzustellen, und zwischen der Verpfändung körperlicher Sachen, so wie der Rechte an solchen und der eines Foderungsrechts zu unterscheiden [5]), und

---

1) Fr. 5. §. 2. *Quib. mod. pignus solv.* Büchel S. 36. u. 140.

2) Ders. S. 1.

3) Es scheint kaum nothwendig, darauf aufmerksam zu machen, daß mit dieser Obligatio rei nicht die persönliche Obligation des Verpfänders aus dem Act der Verpfändung zu verwechseln sei, und daß als eine dritte die Hauptobligation erscheine, deren wegen das Pfandrecht besteht. Die zweite betrifft die Contracts- (oder Vertrags-) Pflichten des Verpfänders in Bezug auf das Pfand gegen den Pfandgläubiger.

4) *Donell.* Tract. de Pignoribus, p. 429. Ed. Norimb. Opp. ej. T. XV.

5) Büchel S. 1. (2) und meine Pfandrechtl. Streitfragen. Heft I. S. 3.

das Pfandrecht dort für ein dingliches, hier für ein persönliches Recht erklären mußte [1]). Das freilich bedarf keiner Bemerkung, daß unserer Begriffsbestimmung ungeachtet diese Verschiedenheit des Pfandgegenstandes auf das Pfand selbst und besondere pfandrechtliche Befugnisse von verschiedenartigem Einfluß sei, besonders in Ansehung der dem Gläubiger zuständigen Klagen (s. §. 22.).

§. 3.

Von der accessorischen Eigenschaft des Pfandrechts.

Die aufgestellte Begriffsbestimmung des Pfandrechts zeigt schon, daß dasselbe, nur ein Mittel zur Erreichung eines darin angedeuteten Zwecks, nämlich der Sicherung einer Foderung für den Gläubiger, ohne letztere so wenig gedacht werden könne, als ohne einen Gegenstand, der die Sicherheit möglich macht. Daraus folgt, daß das Pfandrecht kein selbstständiges, sondern ein von einem andern Rechtsverhältniß in strengster Abhängigkeit rücksichtlich seiner Entstehung, seiner Wirkung und Dauer stehendes sei. Da es jedoch auf dieses Rechtsverhältniß gar nicht wesentlich wirkt, vielmehr letzteres ohne dasselbe sehr wohl entstehen und bestehen kann, so kann auch das Pfandrecht aufhören oder Modificationen erleiden, ohne daß dadurch auf jenes, auf die Hauptfoderung, der geringste Einfluß ausgeübt würde. Hiermit ist die s. g. accessorische Natur des Pfandrechts angedeutet [2]).

Dieselbe zeigt sich hauptsächlich darin:

1) Das Pfandrecht kann, wie gesagt, ohne Hauptfoderung nicht entstehen. Daher ist die Gültigkeit der letztern für

---

1) S. Wening a. a. O. Th. I. S. 394. Thibaut System des Pand. R. §. 781. (8. Aufl.) *Gaupp* l. l. p. 11.

2) Treffend beschreibt diese bildlich *Averani*, Interpr. Jur. II. 12. 1. folgendergestalt: Sicut enim ruunt aedificia, subductis fundamentis et vites decidunt subtractis pedamentis, ita corruunt hae obligationes (Pfand, Bürge) sublata principali obligatione, cui innitebantur. Sunt hae obligationes tanquam hederae similes, principalem obligationem sequuntur, ipsi tacite inhaerent, eâ fulciuntur, ea subducta confestim intercidunt.

jenes durchaus wesentlich (s. §. 9.), dagegen aber eine besondere Beschaffenheit derselben in Ansehung der rechtlichen Möglichkeit sie geltend zu machen, und der mehr oder weniger vollkommenen Rechtsmittel, d. h. Klagen und Einreden (s. §. 10.), ohne Einfluß, weil eine solche Beschaffenheit den Begriff der Gültigkeit an sich nicht berührt, und nur dieser für die des Pfandrechts erfodert wird. Daraus folgt, daß das Pfandrecht für eine nicht klagbare Foderung klagbar sein kann; dies nach §. 2. nemlich darum, weil das Pfandrecht eben in der Klage besteht.

2. Dasselbe kann ferner zwar, wie jeder Nebenvertrag, rücksichtlich seiner Entstehung überhaupt, seines Anfangs, seiner Dauer, auch der besondern Art seiner Wirkung an eigenthümliche Bestimmungen und Bedingungen gebunden werden, allein die für die Hauptfoderung bestehenden üben zugleich einen unbeschränkten Einfluß auf das Pfandrecht aus. Daraus folgt die Regel, daß alle gegen die Hauptfoderung gerichteten Einreden auf das Pfandrecht nothwendig ebenfalls einwirken [1]). (Vergl. §. 69.)

3. Mit dem Aufhören der Hauptfoderung erlischt das Pfandrecht, weil nun sein Zweck wegfällt, ebenfalls sofort und ohne alles Weitere von selbst, jedoch nicht durch den bloßen Verlust des Rechtsmittels der Klage, weil dann die erstere doch insoweit fortdauert, daß ein Pfandrecht gültig dafür bestehen kann. Das Pfandrecht kann auch von der Hauptfoderung niemals getrennt werden, ohne zu erlöschen; natürlich ist der Fall einer Novation hier ausgeschlossen, wenn an Stelle einer bisherigen Obligation eine andere tritt, weil, soviel das Pfandrecht anlangt, dann eigentlich ein neues Uebereinkommen Statt hat.

---

1) Fr. 5. pr. *Quibus modis pignus.* Fr. 4. *de Distract. pign.* Walett a. a. O. §. 319 b. Es ist absichtlich nicht gesagt: — „gegen die Klage aus der Hauptfoderung." Denn diese kann erlöschen, und die Foderung besteht als natürliche fort, wofür bekanntlich ein Pfandrecht bestehen kann, und zwar mit voller Wirkung, d. h. mit der Klage; (s. noch Anm. 2. zu S. 12.).

§. 4
Von der Untheilbarkeit des Pfandrechts.

Der Begriff der Theilbarkeit eines Rechts, d. h. seiner Wirkungen an sich in Bezug auf seinen Umfang und Gegenstand, kann nur in arithmetischer Hinsicht aufgestellt werden; beim Pfandrecht ließe sie sich möglicher Weise daher etwa so denken, daß z. B. wenn zwei Sachen von gleichem Werth für eine Summe verpfändet wären, nach Abtrag der Hälfte der letztern, auch nur noch eine von jenen verhaftet bliebe. Allein dem ist nicht so, sondern es gehört gerade zu den Eigenthümlichkeiten seiner Natur, daß, wie es heißt, caussa ejus indivisa ist [1]). Diese Eigenschaft ist jedoch nur von der Fortdauer eines schon bestehenden Pfandrechtes an den Pfandgegenständen zu verstehen, nicht, daß nicht eine Sache theilweise von Anfang an verpfändet werden könnte [2]) (§. 49. II.), wiewohl dann auch das an diesem Theile bestehende Pfandrecht den Character der Untheilbarkeit trägt. Der Grund der Untheilbarkeit ist verschiedentlich erklärt worden [3]); offenbar steht er im Zusammenhang mit der Eigenschaft des Pfandrechts als eines dinglichen Foderungsrechts. Als solches bezieht es sich auf die Gesammtheit eines Begriffs, sei dies eine einzelne Sache, ein Theil an dieser, oder ein Inbegriff mehrerer, oder mehrere Theile an mehreren; es erkennt also eine Theilung seines Gegenstandes ursprünglich nicht an. So abhängig nun auch das Pfandrecht von der Hauptfoderung ist, so kann dennoch eine Theilung nicht Statt finden, wie es bei letzterer durch Abtretung oder Zahlung möglich ist, sondern nur eine Gemeinschaft, ein Mittheilnehmenlassen am Pfandrechte, indem dieses Obligationsverhältniß eine arithmetische Progression darum ausschließt, weil dieselbe physisch und rechtlich (z. B. wenn nur Eine Sache verpfändet ist, aber etwa ein Landgut, welche mithin aus einer großen Zahl zusammengehöriger Sachen be-

1) Fr. 65. *de Evictionibus.*
2) Löhr im Archiv für civil. Praxis V. S. 215 f.
3) s. Gesterding vom Pfandrecht S. 64. 65.

steht, die nicht getrennt werden können, ohne jenen Begriff aufzuheben), völlig unanwendbar sein würde, die Grundsätze aber auf feste und unveränderliche Normen zurückgeführt werden müssen, und eine Verschiedenheit danach, wenn jenes einmal physisch möglich wäre, rechtlicher Weise nicht anerkennen dürfen, ohne eine Zerstörung ihrer selbst herbeizuführen. Daher ist der Grundsatz von der Untheilbarkeit des Pfandrechts im Römischen Rechte mit größter Folgerichtigkeit durchgeführt. Hieraus entspringen im Besondern und werden erklärt folgende Bemerkungen [1]).

1) Wenn mehrere Sachen für eine Foderung verpfändet sind, so wird keine eher von der Verpfändung frei, als bis die Foderung vollständig getilgt ist [2]). Es besteht also an allen, oder wenn es nur eine ist, an dieser im Ganzen das Pfandrecht fort, wenn auch die Foderung auf einen noch so geringen Betrag gegen den ursprünglichen herabgebracht worden ist.

2) Wenn der Gläubiger den Schuldner mit andern beerbt hat, und mithin seine Foderung antheilsmäßig erlischt, so hat dies auf das Pfandrecht gar keinen Einfluß, sondern dieses dauert für den Ueberrest unverändert fort [3]). — Stirbt der Gläubiger mit Hinterlassung mehrerer Erben, so kann jeder, wiewohl er die persönliche Klage wider den Schuldner nur auf seinen Antheil erheben kann, dennoch das Pfand im Ganzen in Anspruch nehmen [4]). Umgekehrt haftet mithin jeder von mehreren Erben des Schuldners, welcher das Pfand ganz oder Theile davon besitzt, wenn er darauf in Anspruch genommen wird, für die ganze Schuldsumme, d. h. er muß, wenn er das Pfand oder dessen besessene Theile behalten will, die ganze Schuld berichtigen, oder herausgeben, was er besitzt [5]); es hilft ihm also die Bezahlung seines An-

---

1) S. *Retes* de divid. et individ. olig. Prael. IV. Nr. 26 seq. (Thes. Meermann. T. VII. p. 607.)

2) Fr. 19. *de Pignoribus.* — Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo quantum debetur. (ULP. 21. *ad Ed.*)

3) C. 1. *de Hered. act.*

4) C. 1. *Si unus ex plurib. hered.* —

5) C. 2. *eod.* — Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quaesita scinditur: pignoris autem jure multis obligatis rebus, quas diversi pos-

theils an der Schuld zu nichts [1]), als daß, wenn der Gläubiger oder seine Erben wegen der rückstelligen Antheile das Pfand verkaufen, ihm sein gezahlter Antheil zurückerstattet wird [2]). (Vergl. hierüber §. 49.)

3) Wenn für mehrere Schuldner ein gemeinschaftliches Pfand bestellt worden ist, so bleibt dennoch jedes einzelnen Antheil daran verhaftet, wenn er auch seinen Theil gezahlt hat, bis die ganze Schuld [3]) getilgt ist. Ob, wenn umgekehrt mehreren Gläubigern eine Sache verpfändet wird, dieselbe jedem insgesammt (in solidum) hafte, entscheidet die Bestellungsweise. (s. u. §. 49.)

4) Zu den ferneren Beweisen der Folgerichtigkeit, mit der die Untheilbarkeit des Pfandrechts sich überall zu Tage legt, gehört, daß demjenigen von mehreren Miterben, der vor Theilung der Erbschaft eine erbschaftliche Pfandschuld allein ganz bezahlt hat (vergl. §. 47 ff.), nicht blos die Geschäftsführungsklage, sondern auch die Erbtheilungsklage ertheilt wird [4]), selbst wenn nachher das eingelöste Pfand durch Zufall oder ohne seine Schuld untergegangen ist [5]). Jene findet nemlich nur in Bezug auf solche Angelegenheiten Statt, welche die Erbschaft im Ganzen betreffen, oder untheilbar waren, so daß der Erbe, welcher sie besorgt hat, sie nicht allein für seinen Antheil übernehmen konnte, son-

---

sident, cum ejus vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur, qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantiae conveniuntur, sed in solidum, ut vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, cedant. (*Diocl.*) — S. noch Fr. 33. *Famil. ercisc.* jedoch dazu meine Anm. im deutschen C. J. Bd. I. S. 832.

1) C. 16. *de Distr. pignoris* C. 1. *de Luit. pignoris.* Fr. 26. §. 14. *Famil. ercisc.*

2) Fr. 8. §. 2. *de Pignor. Act.* — Si unus ex heredibus debitoris portionem suam solverit, tamen tota res pignori data venire poterit, quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset. (POMP. 35. *ad Sabin.*) — Fr. 11. §. 4. *eod.* — Si creditori plures heredes exstiterint, et uno ex his pars ejus solvatur, non debent caeteri heredes creditoris injuria adfici, sed possunt totum fundum vendere oblato debitori eo, quod coheredi eorum solvit. Quae sententia non est sine ratione. (ULP. 28. *ad Ed.*)

3) nach C. 16. *de Distr. Pignor.* — Unus ex multis debitoris, qui pignora tradiderat, heredibus, quod ab eo personali actione peti potuit, solvendo, res obligatas distrahendi creditori facultatem non adimit.

4) Fr. 18. §. ult. *Fam. ercisc.* C. 3. *de Negot. gest.*

5) Fr. 31. *Famil. ercisc.*

dern für die Miterben es auch zu thun genöthigt war [1]). — Aus demselben Grunde erklärt sich, warum mehrere Verkäufer einer ererbten Sache im Fall der Entwährung dem Käufer wegen eines darauf haftenden Pfandrechts auf das Ganze (in solidum) selbst dann verpflichtet sind, wenn sie jene nur nach Maaßgabe ihrer Erbantheile zugesagt haben [2]).

Eine irrige Ansicht ist es, ausnahmsweise das gesetzliche Pfandrecht als theilbar zu betrachten [3]), welches den Vermächtniß- und Fideicommißnehmern an dem Vermögen des Erblassers zusteht, weil die Antheile einzelner Erben nur soweit haften, als sie selbst durch die persönliche Klage. Wenn das Pfandrecht nebst der Foderung schon bei Lebzeiten des Testators bestanden hätte, so wäre freilich eine Ausnahme vorhanden; betrachtet man aber die Sache von der Seite, daß, wenn mehrern Erben oder Vermächtnißnehmern u. s. w. die Entrichtung eines Vermächtnisses auferlegt ist, sie nicht als Mitschuldner auf das Ganze dem Bedachten haften, sondern nur jeder zu seinem Antheile, so kann darin, daß nun eines jeden Antheil an des Erblassers Nachlaß nur für seine antheilsmäßige Schuld hafte, doch wahrlich nicht nur nichts Auffallendes liegen, sondern es steht dies mit den Grundwahrheiten der Lehre vom Pfandrecht völlig im Einklang, daß Jemandes Vermögen oder Stücke davon als gesetzliches Pfand nur für seine und nicht für fremde Schulden haften [4]).

Die Untheilbarkeit ist dem Pfandrecht jeder Art eigen, auch dem prätorischen und dem gerichtlichen [5]).

---

1) vergl. Glück XI. S. 114 f.

2) Fr. 65. *de Eviction.* — Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt, et evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt, cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit. Quaerebatur, an uterque heredum conveniri possit? Idque placebat propter indivisam pignoris caussam; *etc.* (PAP. 8. *Quaest.*)

3) vergl. Glück XVIIII. 174. nach C. 1. §. 1. *Commun. de legat.*

4) Das Weitere über diese große Streitfrage s. u. §. 33. IV.

5) Fr. 18. §. 6. Fr. 25. §. 15. *Famil. ercisc.*

§. 5.

Unterschied des Pfandrechts von andern ähnlichen Rechtseinrichtungen.

Außer dem Pfandrechte giebt es noch einige andere ähnliche Rechtseinrichtungen, welche in Absicht desselben Zwecks wie dieses entstanden sind, auch zum Theil ihn unter gewissen Umständen ganz in demselben Maaße erreichen. Nicht die Bürgschaft ist hier gemeint, sondern das Innebehaltungsrecht, das Privilegium exigendi und der Gegennutzungsvertrag, welche mit dem Pfandrecht um so genauer gegen einander abgewogen werden müssen, je häufiger sie in der Lehre von demselben vorkommen, obwohl sie an sich hier nur eine untergeordnete Erörterung finden können.

I. **Das Innebehaltungsrecht**, Retentio, ist das Recht des Inhabers einer fremden Sache, welcher Gläubiger ihres zur Vindication berechtigten Eigenthümers, oder dessen in Bezug auf dieselbe ist, der sie mit einer persönlichen Klage fodern könnte, sie so lange gegen diese Personen, wie gegen Andere, welche ihr Foderungsrecht von diesen ableiten (s. S. 24. u. §. 59. a. E.), zu behalten, bis seine Foderung befriedigt ist [1]). Im weitern und uneigentlichen Sinne wird darunter auch die Compensation begriffen [2]), denn Abrechnung ist stets mit einer Zurückbehaltung verbunden [3]), auch werden die Ausdrücke Retentio und Compensatio oft vermischt gebraucht [4]); allein der Unterschied ist doch sehr bedeutend, weil nicht jede Zurückbehaltung eine Compensation ist. Die Unterscheidungsmerkmale sind besonders folgende [5]): **1)** die Compensation steht der Zahlung gleich und bezweckt diese; das Innebehalten hat nur die Erreichung einer Sicherheit zum Zweck, weshalb die Gesetze von ihr selbst sagen, sie sei gleichsam an Stelle eines Pfandes, quasi loco pignoris [6]), so daß also die erstere eine fortdauernde, die letz-

1) s. Wening Th. I. S. 253. u. *Mühlenbruch* §. 136.

2) *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 136.

3) s. bes. Fr. 4. u. 20. de *Compensat.*

4) s. die Beispiele bei Glück XV. S. 117. (10.)

5) s. Glück a. a. O.

6) s. z. B. Fr. 13. §. 8. de *Act. Emti* und bei Glück a. a. O. (13.)

tere nur eine vorübergehende Wirkung, gleich dem Pfand recht, hat. 2) Wer compensiren konnte und gezahlt hat, hat die Condiction wegen gezahlter Nichtschuld; wer aber eine Sache innebehalten konnte, und es nicht gethan hat, kann nach deren Entrichtung sie nicht zurückfodern [1]. — 3) Die Compensation geschieht nemlich dem Rechte unmittelbar selbst zufolge (ipso jure), das Innebehalten nur durch die Einrede, und zwar der Arglist [2]. — 4) Jene erfodert nicht wesentlich den Besitz, oder einen dem analogen Zustand, da z. B. der Bürge dem Gläubiger dessen Schuld an den Schuldner durch Compensation in Abrechnung bringen kann. — 5) Zuweilen kann die letztere Statt haben, und das Innebehalten ausgeschlossen sein, und umgekehrt. So z. B. kann dieses nur an körperlichen Sachen ausgeübt werden, jene hingegen nur bei so genannten fungibeln Sachen [3].

Ohne Besitz ist also das Innebehaltungsrecht undenkbar; dieser braucht kein juristischer Besitz zu sein, sondern nur ein rechtmäßig erworbenes Innehaben [4]. Geübt kann es werden an allen (körperlichen) Sachen, woran ein Pfandrecht möglich ist, und ist, wie dieses, untheilbar [5]. Ebenso erfodert es eine gültige Foderung, in welcher Hinsicht gleichfalls die Grundsätze des Pfandrechts gelten [6]. Für diese

---

1) **Fr. 30.** *de Cond. indeb.* — Qui invicem creditor idemque debitor est, in his casibus, in quibus compensatio locum non habet, si solvit, non habet condictionem, velut indebiti soluti, sed sui crediti petitionem. (ULP. 10. *Disp.*) Fr. 51. *eod.* — Ex quibus caussis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus. (POMP. 6. *ad Quint. Muc.*) Vgl. Fr. 10. §. 1. *de Compensat.*

2) Glück a. a. O. S. 116. (8.)

3) Fr. 36. *ad Sct. Trebell.* — Quum hereditas ex Fideicommissi caussa restituta est, si ante cum herede compromissum est, puto fideicommissarium cavere debere heredi, sicut quum heres multa antequam restitueret administravit; nam quod dicitur, retinere eum oportere, non est perpetuum; quid enim si nihil est, quod retineat, veluti quum omnia in nominibus sunt aut in corporibus, quae non possideat? (PAUL. 13. *ad Ed.*)

4) *Mühlenbruch* l. l. §. 136. A. M. ist Wening a. a. O. S. 254. nach Schweppe u. A., indem er weder rechtmäßigen Erwerb, noch selbst guten Glauben annimmt; allein alle Beispiele in den Rechtsquellen deuten auf ein anfänglich mit Wissen und Willen des Schuldners oder in der Natur der Sache gerechtfertigtes Innehaben.

5) Fr. 13. §. 8. *de Act. emti vend.*

6) s. Glück a. a. O. S. 124. also auch natürliche Foderungen.

kommen aber beim Innebehaltungsrecht noch zwei besondere Fragen in Betracht, die der Liquidität, und der Connexität. Man pflegt die erstere als Erfoderniß unbedingt zu nennen [1]); indessen mögte diese Frage mehr eine processualische sein, und also von der Proceßart abhängen, in der über die Innebehaltung verhandelt wird [2]). Denn die Beweisstelle aus dem Codex [3]), worauf man sich beruft, ist offenbar vom römischen Proceß zu verstehen, wo alle zerstörlichen Einreden bis zuletzt vorgeschützt werden konnten, und dies allerdings eine solche Vorschrift nöthig machte [4]); mithin würde man gegenwärtig die Liquidität einer Foderung beim Innebehaltungsrecht nur dann fodern können, wenn sie im Executivproceß, oder einem ihm rücksichtlich des Beweises der Klage gleichstehenden, oder in einer gewissen Proceßperiode, d. h. nachdem der Beweis der Conventionalfoderung schon festgestellt worden [5]), geltend gemacht wird, weil die Einrede der Compensation zu den s. g. privilegirten gehört, wohin die Innebehaltung für den Proceß auch zu rechnen sein dürfte. Außerdem aber, d. h. wenn sie am gewöhnlichen Orte im Proceß, bei der Klagebeantwortung vorgeschützt wird, muß der langsame Beweis für zulässig erachtet werden.

Dagegen muß die Foderung, weshalb das Innebehaltungsrecht in Anwendung gebracht wird, mit der Sache selbst allemal in einer Beziehung stehen [6]); dahin gehört: 1) die Verwendung auf die Sache selbst, deren Ausdehnung und Geltung jedoch davon abhängt, inwieweit Der, gegen welchen die Innebehaltung ausgeübt wird, zu deren Ersatz recht-

---

1) *Mühlenbruch* l. l. (5.)

2) Glück a. a. O.

3) C. 14. §. 1. *de Compensationibus.* — Ita tamen compensationes objici jubemus, si caussa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare. Satis enim miserabile est, post multa variaque certamina, quum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc ita judices observent, etc.

4) s. meine Geschichte der Einreden S. 176. (in Zu-Rheins Jahrb. des Processes Bd. I.)

5) Darauf deutet jene Constitution sogar selbst klar hin.

6) *Mühlenbruch* l. l. (6). Glück a. a. O. S. 125. f.

lich verbunden ist. **2)** Ursprung der Gegenfoderung des Besitzers aus demselben Rechtsgeschäft, aus welchem gegen ihn auf Herausgabe der Sache geklagt wird [1]). **3)** Wenn die Sache für die Foderung unmittelbar haftet, z. B. durch Anrichtung eines Schadens; man verwechsele jedoch diesen Fall nicht mit der Pfändung (s. §. **40**.). Die übrigen Fälle, welche man noch hin und wieder aufgeführt findet, fallen unter die bisher aufgezählten [2]), oder enthalten ein wahres Pfandrecht.

Eine Ausnahme macht das dem Faustpfandgläubiger zustehende Innebehaltungsrecht am Pfande für jede Foderung an den Pfandschuldner (s. §. **27**.), soweit dafür nicht wieder besondere Ausnahmen bestehen.

Dritte Personen außer dem Schuldner, der zugleich Eigenthümer der innebehaltenen Sache ist, können nur insofern durch die Innebehaltung berührt werden, als sie, als Eigenthümer, in Folge eines besondern Verhältnisses zum wahren Schuldner, die Herausgabe nicht verlangen können, z. B. wenn Sempronius die Sache an Titius verpfändet, und dieser unbefugt an Cajus sie verkauft, so kann Cajus auch wegen des Titius Verwendungen auf die Sache diese gegen Sempronius zurückbehalten. — Hieraus ist zugleich ersichtlich, daß eine eigentliche Collision zwischen Pfandrecht und Innebehaltungsrecht nicht entstehen kann, und ein Zusammentreffen lediglich und leicht danach zu entscheiden, inwiefern die Wirkung der Einrede der Arglist den Pfandgläubiger trifft, oder nicht, (welche, wenn sie aus der Person des Pfandbestellers hergeleitet wird, facti ist,) d. i. je nachdem gegen ihn das Innebehaltungsrecht unmittelbar begründet ist (s. §. **59**. a. E.), oder er es darum wider sich anerkennen muß, weil sein Verpfänder es zur Zeit der Entstehung des Pfandrechts schon würde haben gegen sich gelten lassen müssen. Danach kann also ein vertragsmäßig entstandenes Innebehaltungsrecht dem ältern Pfandrecht so wenig Eintrag thun, als ein jüngerer Pfandgläubiger sein Recht mit

---

1) Fr. 13. §. 8. *d.*

2) z. B. von Wening. Fritz a. a. O. S. 219.

der hypothekarischen Klage wider den ältern Inbehalter durchsetzen kann [1]). Ein Vorzugsrecht der Pfandrechte gegen einander ist hierauf natürlich ohne Einfluß, allein auch zum Theil dessen Entstehung ohne Aufhebung des Innebehaltungsrechts unmöglich [2]).

Unter den bisher behandelten Voraussetzungen findet das Innebehaltungsrecht Statt, auch wenn es durch keine besondere Vorschrift der Gesetze angeordnet ist [3]), es müßte denn gleich der Compensation ausdrücklich ausgeschlossen sein [4]). In beiden Fällen, d. h. es mag durch Gesetze ausdrücklich begründet sein, oder nicht, wird das Innebehaltungsrecht ein gesetzliches (*legale s. necessarium*) genannt [5]). Außerdem kann es auch durch Vertrag und letzten Willen entstehen, wobei jedoch sehr auf die Worte zu achten ist, um Verwechselungen mit dem Pfandrecht zu vermeiden.

Die aufgestellten Merkmale und Erfodernisse des Innebehaltungsrechts können jedoch, wegen der Verfügungsfreiheit der Contrahenten, wenn es vertragsweise entsteht, absolut nur von dem gesetzlichen gelten, indem jener wenigstens die Aenderung der Naturalien überlassen werden muß, und also bedeutende Abweichungen vorkommen können, wenn es auf diese Weise begründet worden ist.

Eine so unrichtige als überflüssige Eintheilung des Innebehaltungsrechts, je nachdem es mit einem andern s. g. dinglichen Rechte verbunden sei, oder nicht, ist die in einfaches und qualificirtes. Denn der Begriff des dinglichen Rechts ist vorher (§. 1.) als in den Gesetzen nicht begründet nachgewiesen; sodann aber ergeben die angeführt werdenden Bei-

1) Denn sonst könnte jeder Schuldner das Innebehaltungsrecht seines Gläubigers durch Collusion mit einem aufzustellenden Pfandgläubiger vernichten.

2) z. B. das wegen Wiederherstellung eines Hauses u. s. w. Ausgenommen bleibt (s. §. 65. 2. a.) das des Fiscus wegen Grundabgaben. Allerdings ist aber der Fall möglich, daß, wenn ein jüngerer Pfandgläubiger dem ältern Inhaber das Pfand mit der hypothekarischen Klage nicht entwinden könnte, wohl aber ein älterer, jener durch diesen (jus offerendi) seinen Zweck erreichen und in den Besitz des Pfandes kommen kann. Das geht aber ganz natürlich zu, weil das Innebehaltungsrecht mit dem Besitz erlischt.

3) Fritz a. a. O. S. 219.

4) *Mühlenbruch* l. l. (7.) (8.)

5) Glück a. a. O. S. 119.

spiele (Eigenthumsrecht, Pfandrecht, Erbrecht,) nichts weiter, als daß diese Rechte wie die gewöhnlichen Foderungsrechte geeignet seien, ein Innebehaltungsrecht zu begründen. Die danach sich ergeben sollenden Unterscheidungsfolgen fechten sogar Die an, welche jene Eintheilung annehmen [1]). Richtiger möchte die Unterscheidung und dem gemäß zu treffende Eintheilung in das einfache und qualificirte Innebehaltungsrecht sein: ob das Recht durch Verlust der Einrede verloren gehe, oder nicht [2]), wenigstens ist diese allgemeiner angenommen.

Ueber die Pflicht, die Sache zu verwahren, daher auch zu verwalten, scheinen keine anderen, als die Grundsätze der Verwahrung beim Pfandbesitz zur Anwendung zu bringen; an gesetzlichen Vorschriften fehlt es dabei ganz [3]), und darum muß die Analogie mehr gelten, als einige Meinungen, welche das Gegentheil wollen.

Um nun hiernach im Kurzen eine Parallele zwischen dem Innebehaltungsrecht und dem Pfandrecht zu ziehen, so unterscheidet sich das erstere vom letztern zunächst durch das unerläßliche Erfoderniß des Besitzes, d. h. des Innehabens; ferner in den Wirkungen durch den Mangel der Veräußerungsbefugniß und jeder Klage [4]), auch der Interdicte, und daß es gegen Dritte nur die jedem Besitzer überhaupt zustehenden Rechte gewährt, d. h. das der Selbstvertheidigung, und daß der factische Zustand durch juristisch siegende Gründe ein stärkeres Recht gegen schlechtere, oder gleiche Besitzer giebt [5]). — Das Innebehaltungsrecht scheint, als offenbar einer spätern Zeit und ausgebildetern Rechtspflege angehörig, auf dieselbe Weise entstanden zu seyn, wie die ältesten gesetzlichen Pfandrechte, d. h. aus einer vermutheten Einwilligung des Schuldners, daß sich der Gläubiger an die Sache solle halten dürfen.

---

1) s. Glück a. a. O. S. 120.

2) *Mühlenbruch* l. l. (12.)

3) Man sehe etwa Fr. 30. *de P. A.*

4) Eine Ausnahme könnte man in der dem Inhaber zuständigen Diebstahlsklage finden, allein diese hat ihren besondern Grund für sich, das Interesse.

5) Wening a. a. O. S. 252.

Die Verwandtschaft des Pfandrechts mit dem Innebehaltungsrecht hat Veranlassung gegeben, daß in den Quellen pignoris loco, quasi pignus u. s. w. zu retinere einige Male vorkommt; allein eine Verwechselung ist doch niemals möglich, weil das retinere und der Zusammenhang stets entscheiden [1]).

II. Das Privilegium exigendi, auch genannt Privilegium creditorum, und von den Neuern *personale* [2]); dieses ist ein gesetzliches Vorzugsrecht, welches gewissen Gläubigern zu Statten kommt, die kein Pfandrecht, sondern nur ihr persönliches Foderungsrecht haben, und hat die größte Aehnlichkeit mit dem allgemeinen gesetzlichen Pfandrecht. Aus ihm sind erweislich viele Arten des letztern entstanden, und es ist wahrscheinlich bis auf die von Justinian durchaus neu eingeführten der Vorläufer von allen gewesen, so daß wohl alle Privilegia exigendi bei fernerer Ausbildung des Römischen Rechts im Römischen Reiche selbst durch die Praxis sich in allgemeine gesetzliche Pfandrechte verwandelt haben möchten. Seine erste Entstehung wird schon in die Zeit des Freistaats gesetzt und dem Edicte angehörig betrachtet. Mit Gewißheit läßt sich aus einer jüngst entdeckten Rechtsquelle [3]) erweisen, daß es schon um die Hälfte des ersten Jahrhunderts nach Christus nicht nur vorkommt, sondern bereits die Richtung nahm, sich eine dingliche Natur beizulegen. Gegen Pfandgläubiger steht das Privilegium exigendi zurück, mit Ausnahme der s. g. absoluten Privilegien, die sogar allen Pfandgläubigern ohne Ausnahme vorgehen [4]). Manche [5]) bestreiten dies zwar als in den Gesetzen nicht gegründet; allein darauf kann, nachdem sich der Gerichtsbrauch so fest, wie zu ihren Gunsten geschehen, gestellt hat, nichts mehr ankommen. Hierher gehören bekanntlich Leichenkosten, Kosten der letzten Krankheit, Grundsteuern (die auch ein Pfandrecht haben), Grundzins und Ge-

---

1) s. darüber S. 32. meiner Pfandrechtl. Streitfragen. vgl. u. §. 22.

2) Glück XVIII. S. 394.

3) s. die mitgetheilte griechische Inschrift von Spangenberg, erläutert im Archiv f. civil. Prax. Bd. XI. S. 453.

4) Glück a. a. O.

5) Wening Th. II. S. 54.

findelohn. Die Privilegia exigendi sind unter einander selbst darin verschieden, daß einige nur der Person zustehen, und unveräußerlich sind; andere ohne Unterschied und dem Pfandrecht gleich, auf Jedermann mit der Foderung übergehen, welche sich eines solchen erfreuet; die letzteren nennt die neuere Doctrin *privilegia caussae*, die ersteren: *pr. personae.* Zu den *Privilegiis caussae* gehören: 1) alle Foderungen, die mit der Actio funeraria geltend gemacht werden können; 2) das für die Foderung wegen zur Wiederherstellung eines Hauses vorgeschossenen baaren Geldes; 3) desgleichen eines solchen zum Ankauf, zur Erbauung und Ausrüstung eines Schiffes. Alle übrigen Privilegia exigendi sind persönliche. — Oftmals wird Pfandrecht und Privilegium exigendi neben einander gefunden; das letzte ist dann nur in dem Fall von Nutzen, wenn jenes ein besonderes ist, sonst fallen die Wirkungen beider zusammen [1]), obwohl das eine das andere keineswegs etwa aufhebt nnd das Pfandrecht seinen Rang beim Zusammentreffen mit andern, wie mit jenen, natürlich für sich geltend macht. Das Privilegium exigendi kann im Wege der Klage außer mittelst der für die Hauptfoderung nicht geltend gemacht werden, sondern gegen Dritte nur durch die Einrede, die also Besitz voraussetzt. Daß es auch die Paullianische Klage begründe, scheint keinem Zweifel zu unterliegen, allein an eine unmittelbare Verfolgung der Sachen, die zu dem Inbegriff des Vermögens gehören, woran das Privilegium besteht, ist so wenig zu denken, als an etwas Analoges. — Jedes Privilegium exigendi steht jedem Pfandrecht übrigens nach [2]).

III. Der Gegennutzungsvertrag (*Ἀντίχρησις*) kommt zwar meistens beim Pfandrechte vor (s. §. 28. III.), ist ihm aber keineswegs eigenthümlich, sondern kann bei allen Vertragsverhältnissen Statt finden, wo sich die Contrahenten den gegenseitigen Gebrauch verschiedener Sachen ausbedin-

---

1) Wening a. a. O. S. 56. Glück XVIII. S. 397.

2) versteht sich mit obgedachten Ausnahmen der absolut privilegirten. C. 9. *Qui potiores.* — Eos qui acceperunt pignora, quum in rem actionem habeant, privilegiis omnibus, quae personalibus actionibus competunt, praeferri constat. (*Diocl.*)

gen [1]). Denn sein Wesen und Zweck besteht nicht in der Gewährung einer Sicherheit für den Gläubiger, sondern im Genuß der Früchte. Man findet zwar die entgegengesetzte Meinung fast bei allen Neuern, ja sogar, daß der Gegennutzungsvertrag nichts sei, als eine Verpfändungsart [2]), allein die dawider von Glück aufs genügendste ausgeführten Gegengründe sind noch nicht widerlegt, und am wenigsten die gesetzlichen Beweisstellen [3]).

§. 6.

Wortbedeutungen.

Pignus heißt in der lateinischen Sprache, wie Pfand [4]) in der deutschen, zunächst der dem Gläubiger vom Schuldner, oder einem Dritten für dessen Schuld an jenen, übergebene Gegenstand, welcher ihm für deren künftige Zahlung in der Art haften soll, daß er sie äußersten Falls aus dessen Verkauf sich selbst suche, und zwar am häufigsten, wenn er ein beweglicher ist, so daß man dies als regelmäßig verstanden voraussetzen muß, wenn kurzweg von Pignus und Pfand die Rede ist [5]). In dieser Bedeutung steht also Pignus zunächst der Hypothek gegenüber, welche sich hauptsächlich von ihm dadurch unterscheidet, daß sie zu demselben Zweck ohne Uebergabe der Sache bestellt wird [6]). Für Hypothek

1) Glück XIV. S. 105.

2) Wening Th. II. S. 395.

3) C. 6. *Quod cum eo qui*, u. C. 14. *de Usuris*.

4) Pfand kommt her vom niederdeutschen panden, d. i. obligare, s. Estor Rechtsgelahrtheit der Deutschen Th. III. §. 3988.

5) §. 7. J. *de Action.* — Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam [attinet] nihil interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; at eam, quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus. — Fr. 238. *de V. S.* — Pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur; unde etiam videri potest, verum esse, quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. (GAI. 6. *ad* 12 *tab.*) *Donell* l. l. p. 433. sq.

6) Fr. 9. §. 2. *de Pignerat. Actione.* — Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, quum non transit, nec possessio ad creditorem. (ULP. 28. *ad Ed.*)

giebt es kein genügend und scharf genug entsprechendes Wort in unserer Sprache, und das fremde hat sich daher eingebürgert, so fest wie irgend ein anderes. In einer ausgedehntern Anwendung des Begriffes Pignus umfaßt es aber das eigentliche Pfand wie die Hypothek, und zwar [1]) sowohl dem Gegenstande nach, wie wir im Deutschen für Hypothek auch Pfand sagen, als auch in dem Begriff des Pfandrechts [2]), d. h. das zur Hauptfoderung des Gläubigers hinzukommende besondere Obligationsverhältniß in Bezug auf den Pfandgegenstand, er sei eigentliches Pfand oder Hypothek. Hier hat die Sprache des römischen Rechts so wenig eine besondere und streng scheidende Bezeichnung, wie die deutsche in ihrem Begriff: Pfandrecht; und ebenso allgemein umfassend sind die römischen Begriffe: pignorare, pignori ponere, pignori dare [3]), pignori obligare, pignoris jure obligare, (letztere drei zuweilen mit: vel hypothecae, verbunden), pignori und pignoris jure teneri, wie unser: verpfänden. — In einer dritten Bedeutung heißt Pignus der wirkliche Pfandcontract (s. §. 27.), d. h. das Rechtsgeschäft, wodurch ein Pignus im engern Sinn entsteht, und das in Folge dessen vorwaltende Verhältniß zwischen dem Pfandbesitzer und dem Verpfänder, also im Gegensatz zum Pactum hypothecae [4]).

Die Bezeichnungen unserer Muttersprache im Pfandrechte sind den römischen darin ähnlich, daß sie die Möglichkeit der eigentlichen Pfand= wie der Hypothekbestellung begreifen, als: Sicherheit, oder zum Pfande, Unterpfande, bestellen, verschreiben u. s. w.; dagegen haben wir einen aus dem deutschen Rechte herstammenden technischen Ausdruck, dem an Unzweideutigkeit, außer Hypothek, kein anderer, auch kein römischer, gleichkommt, nemlich den des handhabenden oder Faustpfandes.

In Betreff der Rechte, welche das Pfandrecht dem Gläubiger gewährt (man verwechsele damit nicht die aus dem

---

1) Mening Th. I. S. 396. (6)

2) §. 7. J. d. Fr. 1. pr. *de P. A.* — Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum sit. (ULP. 40. *ad Sab.*) *Donell.* l. l. p. 434 sq.

3) s. Büchel a. a. O. S. 28 ff. (5)

4) *Donell.* l. l. p. 435.

Pfandbesitz und Contract entspringenden), stehen sich Pfand und Hypothek einander völlig gleich; die letztere geht auch dadurch, daß der Gläubiger in den Besitz kommt, in ersteres über, oder es werden wenigstens durchaus gleiche Verhältnisse begründet. In diesem Sinn ist das bekannte: Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt [1]), zu verstehen.

§. 7.

Von den Eintheilungen des Pfandrechts.

In der Doctrin giebt es eine Menge von Eintheilungen des Pfandrechts, die jedoch zum Theil sich auf solche Eigenschaften desselben beziehen, daß die in den einzelnen Eintheilungen einander entgegengestellten mit andern aus andern zusammen vereinigt sein können, so daß jene also nicht als Gegensätze zu getrennten Classen zu betrachten sind. Da von den einzelnen unter diesen Eintheilungen begriffenen Pfandrechten nach ihrer Verschiedenheit in besondern Abschnitten gehandelt werden wird, so kann hier nur eine Gegeneinanderstellung in allgemeinen Zügen gegeben werden; diese ist darum nothwendig, weil von jenen oftmals früher die Rede ist, als der getroffenen Anordnung des Stoffs nach sie näher ausgeführt werden können.

Die oberste Eintheilung des Pfandrechts gründet sich auf die Verschiedenheit seiner Entstehung, und ist die in das freiwillige und nothwendige Pfandrecht.

A. Das freiwillige Pfandrecht *(pignus voluntarium*, s. §. 26.) ist dasjenige, welches mit dem Willen des Verpfänders entsteht, welcher dem des Gläubigers, wenn auch dieser nur vermuthet wird, entspricht. Für dessen Entstehung giebt es zwei Formen, wonach ebenfalls Eintheilungen benannt werden; diese betreffen nemlich:

a) das vertragsmäßige Pfandrecht (s. §. 26. *pignus conventionale*); dieses beruhet auf einem Uebereinkommen zwischen den beiden Contrahenten, dem

---

1) Fr. 5. §. 1. *de Pignorib.* §. 7. J. *d.*

Pfandgläubiger und dem Verpfänder. Je nachdem dieses wiederum durch einen bloßen Vertrag (*pactum hypothecae*), oder durch einen Pfandcontract (*pigneraticius contractus*) — mit hinzukommender Uebergabe des Pfandes zu der Pfandbestellung — geschieht, treten die insofern einander entgegengesetzten Begriffe von Hypothek und Pfand im engern Sinne ein. — Das vertragsmäßige Pfandrecht hat nach der Verschiedenheit der Form seiner Errichtung endlich die Unterabtheilung in:

α) öffentliches Pfandrecht (*pignus publicum*, s. §. **30**.), welches in einer öffentlichen Urkunde bestellt worden ist;

β) gleichsam öffentliches (*quasi publieum*), welches in einer privaten, den öffentlichen gleich geachteten, d. h. von drei männlichen untadelhaften Zeugen unterschriebenen oder Notariatsurkunde, bestellt worden;

γ) privates Pfandrecht (*pignus privatum*), welches in einer privaten Urkunde oder nur mündlich bestellt ist.

b) Das letztwillige Pfandrecht (*pignus testamentarium*), welches in einem letzten Willen errichtet ist.

Das freiwillige Pfandrecht kann endlich, einer für dasselbe allgemeingültigen Eintheilung zufolge, sein:

1) ein ausdrückliches (*expressum*), welches mit solchen Worten errichtet ist, die eine Bestellung des Pfandrechts direct anzeigen und aussprechen;

2) ein stillschweigendes (*tacitum*), welches aus andern Worten oder entsprechenden Handlungen gefolgert wird.

B. Nothwendiges Pfandrecht (*necessarium* §. **31**.); dieses entsteht unabhängig von des Pfandschuldners Willen, und zerfällt nach seinem Entstehungsgrunde in:

a) gesetzliches (*legale*, auch genannt *tacitum*, oder *tacitum legale*, §. **32**.), d. h. das mit einer bestimmten Foderung durch ein Gesetz, als sich von selbst verstehend, unmittelbar verbunden ist;

b) prätorisches (*praetorium* §. 37.), dieses entsteht durch eine in den Besitz einweisende Verfügung des Prätors.

c) richterliches (*judiciale*, in caussa judicati captum, §. 38.), welches durch Vollstreckung eines rechtskräftigen richterlichen Urtheils und Wegnahme von Sachen anstatt der Pfänder entsteht.

Außer dieser Haupteintheilung aller Pfandrechte nach ihrer Entstehung giebt es noch zwei dergleichen, die jedoch stets einer Classe der erstern angehören, nemlich

a) nach Verschiedenheit seines Ueberwiegens in Bezug auf andere an derselben Sache bestehende ist das Pfandrecht

1) einfach (*simplex*), d. h. ein solches, welches rücksichtlich seiner Wirksamkeit in Verhältniß zu andern Pfandrechten nur nach seinem Alter in Betracht kommt. —

2) bevorrechtet (*privilegiatum*), welches nicht nach dem Alter, sondern nach einem gesetzlich begründeten besondern Vorrecht vor andern, auch ältern, Pfandrechten wirksam ist.

b) Endlich ist das Pfandrecht je nach seinem Gegenstande

1) entweder ein allgemeines (generale, generaliter constitutum), d. h. des Verpfänders gesammtes Vermögen umfassendes, oder

2) ein besonderes (speciale, specialiter constitutum), d. h. an einem oder mehreren Stücken eines ganzen Vermögens bestehendes.

Die Begriffsbestimmung des letztern ist, während die für die übrigen unangetastet geblieben, in neuerer Zeit großen Anfechtungen ausgesetzt gewesen, worüber am geeigneten Orte weiter gehandelt werden wird.

Zweiter Abschnitt.

Von den Foderungen als Hauptfodernissen des Pfandrechts.

§. 8.
Allgemeine Grundsätze.

Jedes Pfandrecht setzt eine Foderung als Hauptsache voraus, auf die es, als hinzukommend, sich bezieht. Diese Foderung muß gültig, d. h. an sich rechtlich begründet sein; daß sie klagbar sei, ist nicht nöthig [1]). Ebenso gleichgültig ist es, von welcher Art und welcher rechtlicher Natur sie sei, aus welchem Rechtsgrunde sie entspringe, ob mit ihr das Pfandrecht gleichzeitig entstanden sei, oder nicht, ob sie schon bestehe, oder erst noch von Umständen und einem bestimmten Zeitpunkte abhänge, ob sie ganz oder theilweise Gegenstand des Pfandrechts werde [2]), und endlich, von welcher Beschaffenheit ihr Gegenstand sei, d. h. ob sie Geld oder eine andere Leistung betreffe [3]), und ob das Pfandrecht für eine

---

1) Nur *aliqua* obligatio wird schlechthin erfodert, Fr. 4. *de Pignoribus*; s. die f. Anm.

2) Fr. 5. pr. *eod.* — Res hypothecae dari posse sciendum est, pro quacunque obligatione, sive mutua pecunia datur, sive dos, sive emtio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum, et sive pura est obligatio vel in diem vel sub conditione: et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat. Sed et futurae obligationis nomine dari possunt. Sed et non solvendae omnis pecuniae caussa verum etiam de parte ejus, et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali. Sed et in conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio exstiterit. (MARC. *l. s. ad form. hyp.*)

3) Fr. 9. §. 1. *de P. A.* — Non tantum autem ob pecuniam, sed et ob aliam caussam pignus dari potest. Veluti si quis pignus alicui dederit, ut pro se fidejubeat. (ULP. 28. *ad Ed.*); vergl. hierzu Fr. 4. *de Fidejussorib.* Fr. 16. §. 3. *eod.* Es ist zwar in neuerer Zeit von Gesterding a. a. O. S. 9. behauptet worden, daß nur für eine

eigene oder fremde Schuld bestellt werde [1]). Nur für Obligationen aus Verbrechen kann ein Pfandrecht blos insofern bestellt werden, als von Schadensersatz, oder Bezahlung einer Geldstrafe die Rede ist.

Eine besondere Art der Bestellung eines Pfandrechts ist die, welche als Mittel der Sicherheitsleistung nach den Grundsätzen des Strafrechts in Bezug auf den Angeschuldigten vorkommt, um seine persönliche Verhaftung abzuwenden. Die Zulässigkeit der Pfand- oder Hypothekbestellung scheint wenigstens nach der neuern Praxis keinem Zweifel mehr unterworfen [2]). Eine solche Sicherheit wird entweder dafür ge-

---

Geldschuld und solche Foderungen, die sich darin verwandeln lassen, ein Pfandrecht bestellt werden könne, und daß die Gesetze über diesen Fall schweigen; allein abgesehen von der unzulässigen Beschränkung in der Erklärung der entgegenstehenden, vorher angeführten Stellen, und daß alle dort genannten Rechtsgeschäfte Verbindlichkeiten enthalten können, die nicht in eine Geldschuld verwandelt zu werden vermögen, (z. B. mandatum, locatio conductio operarum,) läuft die Sache auch auf einen Streit de lana caprina hinaus. Denn das Privatrecht kennt freilich nur solche Obligationen, von denen, bei ausbleibender Erfüllung, sich ein Interesse berechnen läßt. Das hat nun Gesterding auch nicht verkennen mögen, und sagt daher: „wenn ja für eine andere Art von Verbindlichkeit ein Pfand bestellt werde, so könne es nur für die zur Entschädigung auf den Fall der Nichterfüllung der ersten sein," — allein dadurch wird sein verneinender Lehrsatz, „daß nicht für jede Obligation ohne Unterschied ein Pfandrecht bestellt werden könne," unbrauchbar, und ist so unnütz als unrichtig. — Wäre es nöthig, hiernach noch etwas hinzuzufügen, so brauchte man sich nur auf Fr. 13. §. 2. *de Pignor.*, wo ein Pfandrecht für Leistung eines corpus erwähnt wird, desgl. auf das gesetzliche Pfandrecht für die lucra nuptialia, wenn dazu körperliche Sachen gehören, und darauf zu berufen, daß nach Römischem Rechte sogar für das prätorische Pfand keine Veräußerungsbefugniß Statt fand, mithin nichts als Detention, und diese also nur als dringenderer Beweggrund zur Leistung der Sicherheit, z. B. an den Vermächtnißnehmer betrachtet werden kann. Vergl. Hepp Recension des Gesterdingschen Buchs in der Halleschen Lit. Zeitung. 1832. S. 482. Büchel a. a. O. S. 1. (1.)

1) Fr. 5. §. 2. *de Pignoribus.* — Dare autem quis hypothecam potest, sive pro sua obligatione, sive pro aliena. (MARC. *l. l.*) Daß darin eine Intercession liege, ist zwar richtig, s. Gesterding a. a. O., allein dieselbe kann nicht, wie dort gelehrt ist, ohne Beschränkung nach den Regeln der Intercession beurtheilt werden, sondern der Verpfänder steht dem Schuldner gleich, nur daß ihm die Einrede persönlicher Excussion zusteht; s. §. 26. a. E. Freilich haftet er nur mit dem Pfande und mit nichts weiter, s. Roßhirt in s. Zeitschrift S. 155.

2) s. Tittmann Strafrechtswissenschaft. Th. III. S. 205 ff. Heffter Criminalrecht. S. 650.

leistet, daß sich der Angeschuldigte auf jedesmalige Ladung gehörig stellen und nicht entweichen, oder deshalb, daß er dasjenige, was ihm das Urtheil auferlege, erfüllen werde; ausdrücklich kann sie auf Eins oder das Andere gerichtet werden, im Zweifel wird sie für Beides geschehen vermuthet. Die Summe unterliegt dem richterlichen Ermessen. Nichterfüllung der geleisteten Zusagen führt den Verfall der Pfänder herbei, von denen zuerst die etwanigen Geldstrafen, Schadensersatz und Kosten gedeckt werden, und der Ueberrest, als zu den Früchten der Gerichtsbarkeit gehörig, dem dazu Berechtigten anheimfällt. Uebrigens wird der Angeschuldigte dadurch, daß er die Pfänder im Stich läßt, nicht von der Untersuchung befreiet, sondern diese dessen ungeachtet, und also eintretenden Falls wie gegen einen Abwesenden fortgesetzt. — Auch im bürgerlichen Prozeß werden gegenwärtig die üblichen Sicherheitsleistungen durch Pfandbestellung ebensowohl wie durch Bürgen vollzogen; die Vorschrift des römischen Rechts [1]), welches nur Bürgen dazu ließ, ist durch den allgemeinen deutschen Gerichtsgebrauch abgeändert [2]). Der, welchem Sicherheit durch Pfänder bestellt werden soll, ist jedoch natürlich nur dann zu deren Annahme verbunden, wenn sie hinreichende Sicherheit gewähren, und wenn sie dem Verpfänder eigenthümlich gehören.

Beide Arten von Pfandbestellungen zur Sicherheit sind also eigentlich eine solche für eine bedingte Foderung, und nach den für diese geltenden Grundsätzen zu beurtheilen.

§. 9.

Von dem Pfandrechte für ungültige Foderungen.

Das wirkliche Dasein und die Gültigkeit der Foderung ist es [3]), von der wieder die Gültigkeit des bestellten Pfand-

---

1) Fr. 1. *Qui satisdare cogantur.* Fr. 3. 7. *de Stipulat. praetor.*

2) Glück a. a. O. III. S. 450. *Mevius* Decis. I. 2. 256.

3) C. 1. 2. *Si pignoris convention. num. pecun.* — Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem (Handschrift) emissam asseris, et pignus datum probaturus es, in rem experiri (Eigenthumsklage) potes.

rechts abhängt; dieselbe darf daher auch nicht von den Gesetzen nicht anerkannt oder gar verboten sein. Das für eine solche, oder eine beabsichtigte, aber nicht zu Stande gekommene Schuld [1]) bestellte Pfandrecht ist ohne alle Wirkung, alle Folgen des dadurch begründeten Rechtsverhältnisses fallen weg, keine Einrede wider die Eigenthumsklage zur Rückfoderung des Pfandes, oder die Pfandhauptklage hat Statt, sobald jenes nicht besteht [2]). Natürlich gilt dies auch von denen, die für fremde [3]) Schulden der Art ein Pfandrecht bestellt haben [4]).

Nam intentio (Einrede) dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus, adversarius tuus agere coeperit. Si ut nunc asseveras, nihil creditor numeravit uxori tuae, quae pignus dedit, sed inanem extorsit cautionem, mendaci scriptura contra fidem veritatis obligari ejus res non potest. Coll. Fr. 11. §. 2. 3. *de P. A.*

1) Hieher gehört auch Fr. 26. pr. *de Pignoribus.* — Fidejussor impetravit a potestate, ut et antequam solveret, pignora ipse possideat, quasi satisfacturus creditoribus, nec satisfecit; modo heres debitoris paratus est solvere creditoribus; quaero, an pignora fidejussor restituere cogendus sit? Modestinus respondit cogendum esse. (MOD. 4. *resp.*), so wie Fr. 28. *de Pignorib.* — Si legati conditionalis relicti filiofamilias, pater ab herede rem propriam ejus pignori accepit, et mortuo patre, vel emancipato filio conditio legati exstiterit, incipit filio legatum deberi, et neque pater potest pignus vindicare, neque filius, qui nunc habere coepisset actionem, nec ex praecedente tempore potest quicquam juris habere in pignore, sicut in fidejussore dicitur. (PAUL. 3. *Qu.*) Denn zu der Zeit, wo das Pfandrecht hätte geltend gemacht werden können, bestand die Hauptfoderung für den Vater nicht mehr, und auf den Sohn ging jenes nicht über, s. u. §. 46. (Vgl. *Donell. p.* 436.)

2) C. 1. 2. *Si pignoris conventionem.*

3) Der Fall in C. 9. *de Praediis et al. reb.* — Etsi is, quem praedium rusticum minoris distraxisse affirmas, curatoris officio functus id fecit, venditio tamen contra divi Severi orationem facta, Praesidis sententia non immerito rescissa est. Pignora sane, quae ob evictionis periculum idem curator ex rebus propriis tibi obligavit, non prohiberis persequi. (285.) — enthält nicht etwa ein Pfandrecht für eine nichtige Obligation, sondern für eine bedingte, welche an sich ganz gültig ist, nemlich die des Curators.

4) Fr. 2. *Quae res pignori.* — Si alius pro muliere, quae intercessit, dederit hypothecam, aut pro filiofamilias, cui contra SCtum creditum est, an his succurritur quaeritur. Et in eo quidem, qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dicetur, succurri ei, sicuti fidejussori hujus mulieris eadem datur exceptio. Sed et in eo, qui pro filiofamilias rem suam obligavit eadem dicenda erunt, quae tractantur in fidejussore ejus. (GAI. *l. s. ad f. h.*)

Genauere Erörterung erfodern die für eine Nichtschuld oder eine von den Gesetzen vernichtete (reprobata) bestellten Pfandrechte. Ist dabei ein Pfand nur versprochen, und nicht übergeben, oder nur eine Hypothek bestellt worden, so findet zwar von Seiten dessen, dem sie bestellt ward, allgemeiner Annahme nach keine Klage, noch sonstiger Anspruch auf das Pfand Statt [1]); ob aber dann auch ein dem Gläubiger übergebenes Pfand zurückgefodert werden könne, darüber sind sich verschiedene Meinungen der Rechtslehrer von Alters her entgegengetreten [2]). Weber erklärt sich: „in Betracht, daß der von ihm gelehrten Regel nach bei verbotenen Geschäften das einmal Gegebene nicht zurückgefodert werden könne, und da, wo es die Gesetze gestatten, es nur als eine Ausnahme von der Regel anzusehen sei, dafür, daß aus denselben Gründen auch die Zurückfoderung des übergebenen Pfandes wegfalle. Sobald aber der Gläubiger zur Rückgabe des Gezahlten verpflichtet sei, kann er sich auch der Rückfoderung des erhaltenen Pfandes nicht widersetzen. Das trete bei Verpfändungen für Spielschulden, bei denen der gerichtlich erklärten Verschwender und der Unmündigen und Minderjährigen ohne Vollwort des Vormundes ein. Sei nur ein Theil eines solchen Versprechens ungültig, so bestehe auch nur für diesen das Pfandrecht nicht, z. B. bei formlosen Schenkungen über die gesetzliche Summe. Ferner sei die Zurückfoderung des Pfandes dann zulässig, wenn der Schuldner, durch rechtskräftiges Erkenntniß losgesprochen, die Condiction wegen gezahlter Nichtschuld erheben könne. Auch das Innebehaltungsrecht eines Pfandes für andere handschriftliche Schulden können an einem für eine solche Schuld, wie hier in Rede sei, bestellten Pfande darum

1) s. Thibaut civilist. Abhandl. Nr. 14. S. 323. Weber von natürlichen Verbindlichkeiten, §. 105. S. 498. Auch wird Fr. 127. *de V. O.* als Beweismittel angeführt, doch ist niemals darüber Streit gewesen.

2) Der Streit schreibt sich von den Glossatoren her; die Aelteren (vgl. *Cujac.* ad resp. Papin. l. XI. ad l. 1. de Pignor. Opp. T. IV. p. 1284. Ed. Neap. — *Bartolus* ad l. eand. *Negusant.* de pign. et hyp. P. III. p. 217. *Voet.* Comment. ad Pand. lib. 20. Tit. 1. §. 18 seq.) können wegen Erschöpfung des Streits durch die Neueren übergangen werden.

nicht geübt werden, weil die Sache wegen der Ungültigkeit der Hauptschuld gar nicht die Eigenschaft eines Pfandes habe." Glück[1]) folgt Webern in der Hauptsache, und läßt die Zurückfoderung des Pfandes für Nichtschulden von der des auf die Hauptschuld Bezahlten abhängen. Nur wenn diese wegfalle, könne das wissentlich dafür bestellte Pfand nicht zurückgefodert werden, weil in pari turpitudine der Besitzer vorgehe. — Dagegen lehrt Thibaut[2]), „unter Bestreitung der Allgemeinheit der von Weber aufgestellten Regel, daß das wissentlich gegen die Gesetze Gezahlte nicht zurückgefodert werden dürfe, es müsse hierfür eine Hauptunterscheidung je nach den beiden Gründen getroffen werden, aus denen die Gesetze die Vernichtung eines Geschäfts überhaupt aussprechen, nemlich dem Besten des Veräußernden, damit sein Vermögen nicht verringert werde, oder andern Gründen, als: der Sittlichkeit und des öffentlichen Besten wegen u. s. w. In Fällen letzterer Art sei Webers Theorie richtig, denn der Staat sei hier nicht dabei interessirt, daß der Veräußernde das Seine wiederbekomme, sondern es sei angemessen, daß der Fiskus dem Empfänger abnehme, was er schändlich besitze; allein sobald es auf das Beste des Veräußernden ankomme, sei es auch ganz angemessen, die Rückfoderungsklage zuzulassen, weil damit gerade der Zweck erreicht werde. Darum ertheilen auch die Gesetze in solchen Fällen die Klage ausdrücklich, z. B. bei pflichtwidrigen Schenkungen[3]), einseitigen Veräußerungen der Mündel[4]), widerrechtlichen Schenkungen der Ehegatten[5]), commissorischen Verträgen, wonach das Pfand verfallen sei[6]), gezahlten verbotenen Zinsen[7]) und bei der Vernichtung einer gezahlten Spielschuld[8]). Unrichtig werde aber die Rückfoderung des Pfandes an die Rückfoderung der Hauptschuld geknüpft, diese finde allemal Statt, mit einziger Ausnahme des Falles, wo das Pfand schon verkauft sei." —

1) a. a. O. Bd. XIV. S. 41 ff.
2) a. a. O.
3) Fr. 21. §. 1. *de Donation.*
4) Fr. 29. *de Condict. indeb.*
5) Fr. 15. §. 1. Fr. 16. 17. *de Donation. i. v. et ux.*
6) C. ult. *de Pactis.*
7) C. 18. *de Usuris.*
8) C. 3. *de Aleatoribus.*

Der Streit betrifft also hauptsächlich die **Rückfoderung** des Pfandes in dem Fall, wo die gezahlte Schuld **nicht** zurückgefodert werden könnte. Daß, auch wenn diese **versagt** werde, dennoch das Pfand zurückgefodert werden könne, läßt sich aber vollkommen beweisen, und zwar **unbeschränkt**, d. h. ohne die von Thibaut gelehrte Ausnahme. Vor Allem ist nemlich die Natur der Sache zu beachten, das **Verhältniß** des Pfandes zur Foderung und sein Zweck. Ist die **letztere** nichtig, soll sie also der Gläubiger nicht erhalten, so **darf** er auch kein Mittel in Händen behalten, sich, ungeachtet er keine Zahlung erzwingen kann, sie durch das Pfand **zu** verschaffen. Ferner: ist die Hauptschuld nichtig, so findet der Begriff Pfand gar nicht Statt, weil zu dessen Vorhandensein die erstere durchaus wesentliche Bedingung ist. Dem kann auch nicht etwa analog entgegengesetzt werden, daß, weil die gezahlte Schuld nicht zurückgefodert werden könne, worin doch offenbar ein gesetzlich beabsichtigter Nachtheil für den Zahlenden beruhe, es das gestellte Pfand auch nicht dürfe; denn man müßte den großen Unterschied übersehen, daß ein Pfand bestellt wird, um eine Obligation zu schließen; die Zahlung aber geschieht, um eine solche aufzuheben, mithin ein Gegensatz und keine Aehnlichkeit oder Gleichheit vorhanden sei. Aus gleichem Grunde wird ja auch da, wo Rückfoderung der gezahlten Nichtschuld Statt hat, zur Gewinnung einer rechtlichen Grundlage ein Quasicontract angenommen [1]). — Alle Gründe, welche die entgegengesetzte Theorie aufzubringen vermag, sind ohne Gewicht, und beziehen sich nur auf unzulässige Anfechtung solcher eigenen Handlungen, wodurch Eigenthum übertragen wird. Die Rückfoderung des Pfandes in jenem Fall würde ja aber nicht contractswidrig, sondern contractgemäß zu nennen sein, denn die Einrede, daß noch keine Zahlung erfolgt sei, würde stets durch die Replik, daß das Obligationsverhältniß nichtig sei, aufgehoben werden, welche nichts weiter als eine umgekehrte Einrede der Nichtigkeit ist. Es zeugen endlich für die hier vertheidigte Theorie auch deutlich redende Beweise aus den Quel-

---

1) §. 6. J. *de Obligation. quasi ex contr.*

len selbst. Erstens nemlich können intercedirende Weiber, welche wissentlich, d. h. unterrichtet von der ihnen zur Seite stehenden Wohlthat des Vellejanischen Senatusconsults, die versprochene Schuld bezahlt haben, das Gezahlte nicht zurückfodern [1]), wohl aber ein für eine Intercession bestelltes Pfand [2]). Klar sprechen sodann folgende Stellen:

> Fr. 25. *de Pignoribus.* — Cum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locus non est, nec si bona creditoris ad fiscum pertineant. (MOD. 8. *regul.*) Fr. 33. *eod.* — Is qui promisit tibi aut Titio, solutum quidem Titio repetere non potest, sed pignus ei datum et ante solutionem recipit [3]). (TRYPH. 8. *disp.*)

Kann also an einem Pfande in solchem Falle nicht einmal ein Innebehaltungsrecht ausgeübt werden, so folgt doch daraus unmittelbar und nothwendig die Zulässigkeit der Rückfoderung. — Daß endlich auch der Fall keine Ausnahme mache, wenn das Pfand vom Gläubiger bereits verkauft sei, weil, wie Thibaut will, dann der Gläubiger im Namen des Verpfänders, also mit dessen Willen handele, und hier der Erlös an die Stelle der Sache trete, mithin gleichsam als Zahlung zu betrachten sei, läßt sich ebenfalls erweisen. Käme hier etwas darauf an, daß der Gläubiger mit Willen des Verpfänders zu verkaufen scheine (das soll ja nemlich nur die Folgen des Verkaufs, Eigenthumsübergang u. s. w. juridisch rechtfertigen), so könnte, da er doch ebenso sehr mit dessen Willen des Pfandes Besitz erhalten hat, auch dies selbst von ihm nicht zurückgefodert werden. Man muß vielmehr so schließen, daß, weil wegen Nichtigkeit des Hauptobligationsverhältnisses auch das Pfandrecht nichtig sei, der in Folge dessen geschehene Verkauf es auch sein müsse, und das Pfand also von jedem Käufer wiedergefodert werden könne. Dazu kommt, daß die Quellen unmittelbare Zeugnisse

---

1) C. 9. *ad SCt. Vellejanum.*

2) Fr. 32. §. 1. *ad SCt. Vellejan.* (s. folg. Seite).

3) Gegen Titius, als bloßen solutionis caussa adjectus, findet nemlich kein Obligationsverhältniß Statt, und wenn er zwar die Zahlung annehmen darf, so kann er doch weder Bürgen noch Pfand annehmen. Glück XIV. S. 42. (32.)

für die Richtigkeit des Schlusses unter Anführung des Grundes dazu liefern, es heißt nemlich:

Fr. 32. §. 1. *ad SCt. Vellejan.* — Si mulier rem a se pignori datam per intercessionem recipere velit, fructus etiam liberos (d. h. quasi non-obligatos, Glosse) recipit. Sed si creditor qui pignus per intercessionem acceperit, hoc alii vendidit, vera est eorum opinio, qui petitionem dandam ei putant *et adversus bonae fidei emtorem, ne melioris conditionis emtor sit, quam fuerit venditor.* (POMP. lib. 1. *SCtor.*) Fr. 39. §. 1. *de Rei vindicat.* — Julianus recte scribit lib. 17. Dig. mulierem, quae intercedens fundum pignori dedit, *quamvis a creditore distractum*, posse in rem actione petere, (ULP. 17. *ad Ed.*) Fr. 40. *eod.* — *quia nullum pignus creditor vendidisse videtur.* (GAI. 7. *ad Ed. prov.*)

Als Rechtsmittel endlich zur Rückfoderung des Pfandes unter solchen Verhältnissen, kann nicht nur die Eigenthumsklage gebraucht werden [1]), sondern auch die Pfandhauptklage [2]).

Aus dieser Entwickelung gestaltet sich nun für das Pfandrecht wegen einer Nichtschuld, wenn Uebergabe des Pfandes geschehen ist, die Hauptregel, daß letzteres von dem Verpfänder oder jedem Berechtigten zurückgefodert werden kann, gleichviel ob der Schuldner, wenn er Zahlung geleistet hätte, diese würde haben zurückfodern können, oder nicht, und daß nicht einmal ein Innebehaltungsrecht daran ausgeübt werden darf. Bei theilweiser Vernichtung der Hauptschuld besteht hingegen das Pfandrecht im vollen Umfange fort.

---

1) Seuffert Erörterungen. Th. II. S. 87.

2) wie Thibaut a. a. O. S. 329. aus allgemeinen Gründen folgert, sich aber aus Fr. 11. §. 2. *de P. A.* streng erweisen läßt: Si quasi daturus tibi pecuniam pignus accepero nec dedero, pigneraticia actione tenebor, et nulla solutione facta. Idemque etsi accepto lata sit pecunia, vel conditio defecit, ob quam pignus contractum est, aut si pactum, cui standum est, de pecunia non petenda factum est. (ULP. 28. *ad Ed.*)

§. 10.

Von dem Pfandrechte für natürliche Foderungen.

Daß für eine natürliche Obligation ein Pfandrecht bestellt werden und bestehen könne, liegt nach §. 8. außer Zweifel [1]); dagegen sind aber verschiedene einzelne Fälle, und namentlich die Frage, auf welche Weise und in welcher Art das Pfandrecht hier geltend gemacht werden könne, besonderer Aufmerksamkeit bedürftig. Dasselbe fällt nemlich hier nach der Möglichkeit seiner Entstehung in doppelten Betracht:

I. Wird ein Pfandrecht ursprünglich für eine natürliche Verbindlichkeit bestellt, so kommt es zunächst auf die Umstände an, unter denen dies geschah. Waren diese von der Art, daß eine Genehmigung der Hauptschuld, oder eine Bestätigung derselben durch Wiederholung und dem ähnliche Handlungen unter ihnen geschehen, diese zur civilen erheben würde, so tritt das Pfandrecht unbestritten mit voller Wirksamkeit ein [2]). Ist das Pfandrecht aber unter gleichen Verhältnissen mit der Hauptschuld entstanden, so zweifelte man bisher darüber, ob es die hypothekarische Klage zu begründen vermöge, mithin ob es mehr als ein Innebehaltungsrecht dem Besitzer gewähre. Hätte man beachtet, daß das Pfandrecht in der hypothekarischen Klage selbst, und ohne dieselbe gar nicht bestehe, so hätte freilich eine solche Frage nicht entstehen können. So aber kann der darüber entstandene Streit nicht mit Schweigen übergangen werden. Auch hier steht Weber [3]) wieder an der Spitze und schließt so: sei wegen

---

1) **Fr. 5. pr.** ***de Pignorib.*** und **Fr. 101. §. 1.** ***de Solution.***

2) **Fr. 9. pr.** ***ad SCt. Macedon.*** — **Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit Senatusconsulti exceptionem ei denegandam** *usque ad pignoris quantitatem.* (ULP. 29. *ad Ed.*) Man lasse sich aber nicht, wie Viele gethan, durch diese Stelle zu dem Irrthum verleiten, als verwandle sich darin die natürliche Obligation in eine civile, denn es könnte ja dann niemals für eine schon bestehende natürliche ein Pfandrecht erst bestellt werden, ohne daß dies geschähe. Die Schlußworte, welche den Auslegern soviel zu schaffen gemacht haben, sind eine ganz angemessene Entscheidung und sagen nur: daß über die Befriedigung hinaus, welche das Pfand dem Gläubiger gewährt, dem Schuldner die Einrede ertheilt werde, wenn der Gläubiger Klage erhebe; vgl. Franke civil. Abhandl. S. 126.

3) Der älteste Jurist, welcher zuerst die volle Wirksamkeit behaup-

der Hauptschuld die Klage versagt, so würde es offenbar dem Zweck dieses Verbotes entgegenlaufen, wenn man das Pfandrecht als klagbar betrachten wollte, da es nur der Zahlung wegen bestellt worden, auf welche eben der Gläubiger kein Klagerecht haben solle. Hierzu komme, daß, wenn die Klage wegen des Pfandes wider den dritten Besitzer gerichtet werde, dieser gegen Herausgabe der Pfandstücke die Abtretung der Hauptklage zu fodern berechtigt sei, der Gläubiger dies aber nicht vermöge; wenn aber gegen den Schuldner selbst, so wäre die Zulassung der hypothekarischen Klage, und also die Verpfändung das bequemste Mittel, die Vorschrift der Gesetze zu umgehen. Anders sei es freilich mit dem Innebehaltungsrecht, weil sich nicht so leicht ein handhabendes Pfandrecht bekommen lasse. Endlich ständen hiermit auch die Quellen im Einklang, wie Fr. 9. pr. *ad SCt. Macedon.* u. C. 22. *de Usuris* außer andern [1]) beweisen [2]).

Dagegen ist von Mühlenbruch [3]) erinnert worden, daß sich der Gläubiger durch die Pfänder wie die Bürgen, nicht sowohl die Rechtsmittel, als vielmehr das Recht selbst solle befestigen können, und es spreche, außer der Analogie eines andern Rechtsmittels, der pecunia constituta [4]), wodurch eine natürliche Obligation ohne Rechtsform in eine civile verwandelt würde, das Zeugniß des Theophilus sich ganz deutlich dafür aus, daß Bürge und Pfand nach Civilrecht haften [5]). — Allein soviel Aehnlichkeit Bürge und Pfand sonst haben, so scheint doch — Theophilus erwähnt des letztern gar nicht, — hier eine solche weder vorhanden, so daß von dem Einen auf das Andere geschlossen werden könnte,

tete, war Donellus; ihm widersprach *Schulting* de naturali oblig. Cap. 17., den Weber a. a. O. §. 107. unterstützt.

1) Von diesen s. Franke civil. Abhandl. S. 83 ff.

2) Dem folgt Glück a. a. O. S. 43. getreulich nach, und noch Seuffert nahm diese Theorie an, a. a. O. II. Nr. 18.

3) Cession der Foder. S. 434. u. Doctr. Pand. §. 330.

4) Fr. 1. §. 3. *h. t.*

5) ad §. 1. J. *de Fidejussor.* In der Uebersetzung lautet die Stelle so: duo tamen insignia in his invenire licet, scil. quod solutio facta repetitionem non recipiat, et quod fidejussores dati natura et lege teneantur. Est enim regula dictans: quorum principales natura tenentur, horum fidejussores et natura et lege tenentur.

indem die Bürgschaft allemal von einer dritten Person ausgeht, welche selbstständig handelt, noch geeignet, das Gewünschte zu erweisen. Neuerlich ist jedoch die Webersche Theorie von Franke [1]) noch von andern Seiten her angegriffen worden, und namentlich unter Bezugnahme darauf, daß deren Hauptgrund, der Fall des Macedonischen Senatsbeschlusses darum ohne allen Belang sei, weil ein Haussohn (außer dem im Felde erworbenen Beutegut, worauf jener unanwendbar ist,) überhaupt kein Vermögen habe, was er verpfänden könne, eine Verpfändung von dessen Seite also freilich allemal, aber ganz und gar [2]) ungültig sein müsse; daß das römische Recht die Pfandbestellung für eine natürliche Foderung überall ohne Beschränkung anerkenne, woraus von selbst folge, daß mit dem Pfandrecht dann auch die Klage verbunden sein müsse; endlich, daß Fr. 59. pr. *ad SCtum Trebellianum* den klaren Gegenbeweis herstelle [3]). — Die Triftigkeit dieser Gründe ist unbestreitbar [4]); nur möge noch erwähnt sein, daß Webers Gründe für das Gegentheil ihn, um sich nicht mit eigenen Waffen geschlagen zu sehen, zu dem Irrthum [5]) treiben, daß durch Pfandbestellung für eine natürliche Obligation unter solchen Umständen, wo eine Bestätigung oder Wiederholung der letztern diese zur civilen erhöbe, dieselbe Wirkung entstehe; das wäre doch in der That ein ganz besonderer Einfluß eines Accessorium auf ein Principale? — Umgekehrt kann hinge-

---

1) a. a. O. S. 81 ff.

2) Fr. 7. §. 2. *ad SCt. Macedon.* — Was aus Fr. 9. pr. *eod.* für Weber zu entnehmen sei, ist überhaupt nicht gut einzusehen; über C. 22. *de Usuris* s. §. 48. u. Webers übrige Stellen von Franke a. a. O. widerlegt.

3) Weniger gelungen ist Hepps Beweisführung in der angef. Recension S. 483. (Gesterding S. 7 f. theilt die richtige Ansicht zwar auch, aber seine Beweisführung ist ohne wissenschaftlichen Werth), Fr. 5. pr. *de Pignor.*, worauf er sich bezieht, weil es Pfandbestellung für klaglose Verträge gestattet, würde zuviel, also nichts, beweisen; denn ebenso ließe sich daraus beweisen, daß letztere auch klagbar seien. Sein ganzer Schluß ist ein Kreisschluß; um nemlich zu folgern, daß die dafür bestellten Pfandrechte klagbar seien, wird angenommen, daß ohnedies die Verträge keine Wirkung hätten; das ist aber nicht wahr, denn Innebehaltung ließe sich doch denken.

4) Am wenigsten werden sie durch Roßhirts Gegenbemerkungen in s. Zeitschrift S. 150 ff. erschüttert.

5) s. Anm. 2. S. 43.

gen der Umstand, daß die Hauptschuld nicht klagbar ist, auf das Pfandrecht und dessen Klagbarkeit keinen Einfluß üben, denn die Wirksamkeit desselben ist ja Folge seiner selbst, und nicht der der Hauptschuld, von welcher zu jener nichts weiter erfodert wird, als daß sie gültig sei. Wer dies leugnet, und daß das Pfandrecht in der Klage und ohne dieselbe gar nicht bestehe, wird genöthigt, die Wirkungen des Pfandrechts in civile und natürliche zu scheiden, eine Ungereimtheit, die freilich noch Niemand ausgesprochen hat, aber unabwendbare Folge sein würde.

Das für eine natürliche Obligation erst bestellte Pfandrecht ist mithin von dem für eine klagbare in gar nichts verschieden.

II. Verschieden vom ersten Fall ist der, wenn die Foderung, wofür das Pfandrecht besteht, eine civile war, und zur natürlichen geworden ist. So gewiß es nemlich ist, daß es vom Pfandrecht in diesem Fall schlechthin heiße, es dauere fort [1]), so streitig ist es auch hier, ob dem besitzenden Pfandgläubiger nur ein Innebehaltungsrecht zustehe, oder dem nichtbesitzenden auch die hypothekarische Klage. Seit Weber ist es Sitte geworden, alles in eine Klasse zu werfen, und gleichmäßig zu beurtheilen. Wie wenig man aber dazu berechtigt gewesen sei, wird folgende Erörterung zeigen, welche ein Zurückgehen auf das Wesen der natürlichen Obligationen selbst erfodert.

Das römische Recht verbindet mit naturalis obligatio drei Begriffe: erstens, alle klagbare [2]) aus dem jure gentium, sodann Liebespflichten, drittens klaglose Obligationen [3]); die letzten haben, bis auf den Mangel der Klage, mit den civilen in der Regel gleiche Wirkung. Dieser Mangel kann eintreten durch Fehler in der Form (also bei allen bloßen Verträgen nach R. R.), durch ein persönliches beson-

1) Fr. 14. §. 1. *de Pignor.* — Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constat. (ULP. 75. *ad Ed.*)

2) Roßhirt in s. Zeitschr. Bd. I. S. 125. [1]) hat das geleugnet; eigentlich ist nur der Ausdruck streitig, nicht die Sache, weshalb, zumal eben diese Art nicht in Betracht fällt, wir nicht weiter darauf eingehen.

3) Franke a. a. O. S. 66 — 69.

deres Verhältniß des Obligirten, und durch besondere Beschaffenheit der Foderung [1]). Um zu beurtheilen, ob, wenn ein Gesetz eine Obligation beschränkt, die Klage allein, oder die ganze Obligation mit allen Wirkungen wegfalle, kommt es lediglich auf die gesetzliche Bestimmung für diesen besondern Fall an [2]). Die Wirkung der natürlichen Obligation besteht stets in einem mittelbaren Zwang [3]), der sich entweder als absolut denken läßt, d. h. unabhängig vom Hinzukommen einer andern Foderung, oder relativ, d. h. wenn durch Verbindung oder Beziehung einer hinzukommenden mit einer schon bestehenden die sonst nicht eingetretene Wirkung des Klagerechts hervorgebracht wird. Zu den Fällen des absoluten Zwangs gehört die Innebehaltung des Gezahlten und die Compensation, zu denen des relativen gehören alle Nebengeschäfte der Bestärkung, also auch das Pfandrecht. Nun haben aber die Entstehungsgründe der natürlichen Obligationen nicht alle gleiche Kraft, sondern es können nach dem eigenthümlichen Wesen mancher natürlichen Obligation ihr einige der Wirkungen, die sie sonst mit civilen gemein haben, fehlen [4]). So kann der Fall eintreten, daß aus solchen Gründen für die Bürgen und Pfandbesitzer eine Einrede wider Die, welche Klage gegen sie erheben, erwächst, und zwar namentlich, wenn die Klage entweder durch ausdrückliches gesetzliches Verbot erloschen ist [5]), oder der Umstand, welcher zum Entstehungsgrund einer natürlichen Obligation wird, nicht sowohl die Wirkung hat, eine neue Obligation herzustellen, als eine alte aufzuheben. Hiernach ist es nun rechtlich möglich, daß eine civile Obligation zur natürlichen wird, und das Pfandrecht doch nicht fortbesteht, sondern auch erlischt, selbst wenn das Gezahlte nicht zurückgefodert werden kann, und mithin die Regel, ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constat,

---

1) Bucher Recht der Foderungen S. 9.

2) Ueber Fr. 70. pr. *de Cond. indeb.*, welches zuweilen zur Modification dieser Regel angeführt wird; s. Franke S. 71.

3) Bucher a. a. O. S. 15.

4) *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 330.

5) Fr. 7. pr. 9. §. 3. *ad SCt. Macedon.* Fr. 11. *de Fidejussor.* Fr. 2. *Quae res pignori.*

nicht so zu verstehen[1]): daß das Pfandrecht **allemal** fortdauere. Der Beweis dafür beruht in zwei Stellen:

> Fr. 60. pr. *de Condict. indeb.* — Julianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc judicio, negabat solventem repetere posse: quia nec absolutus — repetere posset; licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet. (PAUL. 3. *Qu.*)
> Fr. 13. *Quibus modis pignus solvitur.* — Si deferente creditore juravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si judicio absolutus esset; nam etsi a judice, quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur. (TRYPH. 8. *disp.*)

Im ersten Bruchstück wird gelehrt, daß der freigesprochene (wirkliche) Schuldner natura debitor bleibe, und demnach die geleistete Zahlung nicht zurückfodern könne; im zweiten ist gesagt, daß Freisprechung, auch per injuriam, das Pfand befreie. Darin könnte man einen Widerspruch finden wollen, weil doch das Pfandrecht für eine **natürliche** Obligation bestehen bleibe; allein dem ist nicht so, sondern hier findet eine der obgedachten Ausnahmen Statt, wo die einzige Folge des Satzes, civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest[2]) für die alsdannige natürliche Obligation nur die Zurückbehaltung des Gezahlten ist, worin übrigens das römische Recht das allgemeine Kennzeichen der natürlichen Obligationen überhaupt setzt[3]). Völlig irrig dagegen ist es[4]), hier die Condiction wegen Nichtschuld doch zuzulassen, und Fr. 60. von **wissentlicher** freiwilliger Zahlung zu verstehen, weil Fr. 28. *eod.* so laute: judex si male absolvit, et absolutus *sua sponte* solverit, repetere non potest, worauf jedoch dabei weniger Gewicht gelegt wird, als darauf, daß die allerdings nicht zu leug-

---

1) *Mühlenbruch* l. l. 9) 16.)

2) Fr. 8. *de Capite minutis.*

3) Fr. 10. *de Obl. et Act.* Fr. 7. u. 16. §. 4. *de Fidejussor.* Fr. 19. *de Cond. indeb.* Fr. 9. §. 4. *ad SCt. Maced.* Fr. 7. §. 4. *de Pactis.* S. **meine** Schrift von den Einreden in Zu-**Rheins** Jahrb. des Prozesses Bd. I. S. 259 f.

4) wie **Glück** XIII. S. 102 f. nach **Weber** §. 94. thut.

nende übrig bleibende natürliche Obligation nicht mehr tauglich sei, eine Einrede herzustellen; denn die rechtskräftige Entscheidung müsse als förmliches Recht gelten, und sei pro veritate [1]), nach der alle weitere Erörterung über Recht und Unrecht des streitigen Gegenstandes wegfallen solle [2]); und endlich sei ja verordnet [3]), daß, wenn Jemand geschworen, er sei nichts mehr schuldig, er das Gezahlte zurückfodern könne, und Eid und rechtskräftige Entscheidung haben gleiche Wirkung.

Denn hiergegen kommt in Betracht, daß, wenn rechtskräftige Entscheidung und Eid auch hier gleiche Wirkung hätten [4]), **Fr. 43. u. 60.** *de Condict. indebiti* im vollen Widerspruche stehen müßten. Freilich aber ist im erstern gar nicht an eine übriggebliebene natürliche Obligation zu denken. Soll ferner die unbestritten vorhandene natürliche Obligation, welche nach widerrechtlicher Lossprechung eines Schuldners übrig bleibt, nicht wenigstens die Wirkung haben, daß das nachmals Gezahlte nicht zurückgefodert werden kann, so frägt sich, worin dann deren Wirkung überhaupt bestehe? Denn daß sie nicht, wie die Antwort etwa lauten könnte, auf den Fall allein wirksam sei, wenn der alte Schuldner nachmals freiwillig zahlt, geht schon daraus hervor, daß, da doch von einem gezwungenen Zahlen gar keine Rede sein kann, die Zahlung allemal ohne Ausnahme eine freiwillige sein würde. Da nun etwas dem Entgegenstehendes nicht gedacht werden kann, so kann auch auf sua sponte in **Fr. 28.** kein Nachdruck gelegt werden. Willkührlich ist es ferner, die freiwillige Zahlung als wissentlich zu verstehen, und gerade darauf etwas zu geben. Denn das zweite Erfoderniß der Condiction wegen Nichtschuld, der Irrthum der Zahlung, kommt hier darum nicht in Betracht, weil gar keine Nichtschuld vorhanden ist, sondern eine natürliche

---

1) **Fr. 25.** *de Statu hominum.*

2) **Fr. 56.** *de Re judicata.*

3) **Fr. 43.** *de Cond. indebiti.* Si quis jurasset, se dare non oportere, ab omni contentione discedetur; atque ita solutam pecuniam repeti posse dicendum est. (PAUL. 3. *ad Plaut.*)

4) Das von Glück dazu angeführte **Fr. 56.** *de Re jud.* beweist das gar nicht.

Obligation [1]). — Daß endlich der die Klage widerrechtlich abweisende rechtskräftige Bescheid, welcher die civile Obligation vernichtet, der natürlichen keinen Eintrag thun kann, hat den einfachen Grund, daß er die letztere gar nicht berührt. Die bekannten Wirkungen der Rechtskraft bleiben also ganz unangetastet; was sie zur Wahrheit gemacht, bleibt wahr, die civile Nichtschuld; allein nimmermehr bringt sie auch eine natürliche Nichtschuld hervor [2]).

Hieraus ergiebt sich nun, daß in den Fällen, wo eine civile Obligation in eine natürliche verwandelt wird, die Frage, ob das für jene bestandene Pfandrecht fortdaure, nicht davon abhänge, ob das darauf Gezahlte zurückgefodert werden dürfe, sondern, daß letzteres möglich sein könne, während das Pfandrecht doch erloschen ist. Diese Fälle können nicht aus einer allgemeinen Regel abgeleitet, noch durch Classification unter eine solche im Besondern näher angedeutet werden; sie sind aber jetzt (s. Anmerkung 5., nachdem die römische Proceßverjährung wegfällt,) sehr selten, und werden außer vertragsmäßiger Aufhebung der Klage [3]) — die nicht oft vorkommen mögte [4]) —, am ersten noch bei fideicommissarischer Herausgabe von Nachverlassenschaften, wenn der Pfandgläubiger zugleich Erbe gewesen, und wenn ein Beneficium competentiae ertheilt worden ist, wo die Klage auf einen bestimmten Theil der Foderung wegfällt, eintreten [5]). — Da, wo das Pfandrecht übrigens fortdauert,

---

1) *Mühlenbruch* l. l. §. 380. I.

2) Civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest. Vergl. *Mühlenbruch* l. l. u. Bucher a. a. O. S. 363 ff.

3) s. Fr. 5. pr. *Quibus modis pignus*, durch ein pactum de non petendo.

4) Die Meinung nemlich, welche der Verjährung blos die Kraft beilegt, nur die Klage und nicht das Recht selbst zu vernichten, und diese Fälle zu den übrigen zählen würde, wird nunmehr endlich wohl nur noch von wenigen eifrigen Verfechtern als falsch verkannt werden. Ich verweise deshalb nur auf meine vorhergenannte Schrift a. a. O. S. 248 ff. und Büchel über die Wirkung der Klagenverjährung.

5) Vollständige Bestätigung der oben gelehrten Theorie von dem Pfandrecht und dessen Wirkung für zu natürlichen gewordene civile Obligationen liefert endlich das hier noch genauerer Beachtung bedürftige Fr. 59. *ad SCt. Trebellian.* — Debitor sub pignore creditorem heredem instituit, eumque rogavit, restituere hereditatem filiae suae, i. e. testatoris; cum nollet adire ut suspectam, coactus jussu Praetoris adit et restituit; cum emtorem pignoris non inveniret,

versteht sich, daß es ganz ebenso besteht, wie für eine klagbare Foderung.

Von der Verwandlung einer civilen Obligation in eine natürliche, erklärt sich endlich auch am entsprechendsten die bekannte C. 2. *de Luitione pignoris.* —

Intelligere debes, pignoris vincula durare, personali actione submota.

---

desiderabat permitti sibi jure dominii id possidere; respondi, aditione equidem hereditatis confusa obligatio est, videamus autem, ne et pignus liberatum sit, sublata naturali obligatione, atque sive possidet creditor actor idemque heres rem, sive non possidet, videamus de effectu rei. Et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pignoraticia quoniam hereditaria est actio: neque fideicommissum, quasi minus restituit, recte petetur, quod eveniret, si nullum pignus intercessisset, possidet enim eam rem quasi creditor. Sed etsi fideicommissarius rem teneat, et hic serviana actio tenebit; verum est enim, non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, et solutam non repetetur; remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. In re autem integra non putarem compellendum adire, nisi prius de indemnitate esset ei cautum, vel soluta pecunia esset, etc. Ueber diese Stelle ist besonders zu vergleichen Franke a. a. O. S. 86 ff. Eine civile Obligation, die für ein Pfandrecht bestellt war, ist durch Vereinigung des Gläubigers und Schuldners in einer Person nach dem strengen Rechte klaglos, eine natürliche, geworden. Das Pfandrecht besteht dessen ungeachtet mit voller Wirksamkeit fort, weil die natürliche Verbindlichkeit fortbesteht. Die Exceptio, propter quam amissa est actio, ist hier die bestimmte Einrede der anderthalbjährigen, später dreijährigen, römischen Prozeßverjährung, wo die lis, d. h. das judicium, verloren ging, worunter nichts als die geltendgemachte Klagbarkeit der Foderung, die mit der Litiscontestation erlosch, (Zimmern Civilprozeß S. 457. Justinians C. 13. *de Judiciis* kann nicht hieher gezogen werden, sie hat nur eine Contumazialtendenz,) zu verstehen ist, und die civile also in eine natürliche verwandelt wird, s. die Anm. 12. in meiner Uebersetzung des 9. Buchs der Pandecten im deutschen C. J. zu Fr. 30. *ad Leg. Aquil.* Franke a. a. O. S. 74 f. und bes. Dirksen Beitr. S. 271. — Kein hierher gehöriger Fall hingegen ist in Fr. 30. §. 1. *de Except. rei judic.* enthalten, wie Gesterding a. a. O. S. 19. will, und mit vollem Recht hat Hepp a. a. O. S. 486. die Verwandlung der civilen Obligation in eine natürliche in Abrede gestellt. „Titius ist Schuldner des Großvaters des Mävius und hat ihm ein Landgut verpfändet; letzterer ward Erbe seines Großvaters ohne davon etwas zu wissen. Später erwarb er durch Vergleich an dem Landgute Eigenthum, mußte es aber, von einem spätern Gläubiger belangt, herausgeben. Kann er nun, da er jetzt erst sein Pfandrecht kennen lernt, die hypothekarische Klage erheben? — Dies wird bejahet, verum est enim et pignori rem et satisfactum non esse.“ Dieser Fall leidet aber gar keine Zusammenstellung mit Fr. 59. *ad SCt. Trebell.* Denn die

und hat sonach mit **Fr. 14. §. 1.** *de Pignoribus* denselben Gedanken. Bei der Allgemeinheit, worin die ausgesprochene Regel erscheint, hat es nicht fehlen können, daß jene Stelle mannigfache Deutung erfahren hat, indem sie sich freilich auf jeden besondern Fall beziehen läßt, wo jene rechtliche Möglichkeit eintritt. So ist sie denn namentlich von mehreren der angesehensten Rechtsgelehrten [1]) als auf den Fall bezüglich verstanden worden, daß die ganze Pfandverbindlichkeit an einer Erbsache fortdauere, wenn auch einer der mehreren Erben seinen Theil an der Schuld bezahlt habe, so daß er mithin nicht mehr mit der persönlichen Klage angegriffen werden könne; wozu aber wohl nichts weiter als die einflußlose [2]) Nachbarschaft der ersten Constitution desselben Titels veranlaßt hat. Andere erklären sie völlig irrig von der durch Verjährung erloschenen Klage, wo das Recht übrig bleibe; Andere von der römischen Proceßverjährung. Daß jene Stelle auf den letzten und den ersten Fall bezogen werden könne, leidet ebensowenig einen Zweifel, als daß es solcher noch mehrere giebt, auf die man sie mit ebenso großem Rechte beziehen kann; allein da bei der oben gemachten Anwendung der Stelle der darin ausgesprochene Grundsatz eine allgemeine Ausdehnung erhält, so ist sie gewiß jeder andern vorzuziehen [3]).

Eigenthumserwerbung betrifft ja nur das Pfand und nicht die Obligation.

Beide Stellen sind übrigens noch in einer andern Lehre, in der von dem Pfandrecht an eignen Sachen, von Bedeutung, s. §. 17.

1) *Cujac.* Obs. V. 32. *Giphan.* ad eand. *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 317. 6)

2) Franke a. a. O. S. 79.

3) Aehnlich erklärt dieselbe Löhr im Archiv für civil. Praxis Bd. X. S. 83. nach Linde Proceß §. 131. 12), nur daß er sie von den von Anfang an natürlichen Obligationen versteht, was wegen des: *submota* actione unzulässig sein dürfte, wodurch doch ein früheres Stattyaben der Klage, also civiler Obligation, angedeutet ist. — Ich selbst erklärte früher die Stelle vom Pfandcontract (meine gen. Abhandl. S. 284.), diese Beschränkung ist aber unrichtig und beruht dort selbst auf einem Irrthume.

§. 11.

Von dem Pfandrechte für zukünftige und bedingte Foderungen.

Die Pfandbestellung für zukünftige und bedingte Foderungen hat zum Zweck, dem Gläubiger eintretenden Falls Sicherheit zu gewähren; dadurch ist der eventuelle Anspruch auf letztere sofort und dauernd bis zum Ausweise des Erfolgs begründet. Es besteht sonach für ihn bereits ein wirkliches Recht, welches gerade so zu betrachten ist, wie ein von einer noch zu erwartenden auflösenden Bedingung abhängiges, woraus die Nothwendigkeit seines rechtlichen Schutzes im Allgemeinen folgt. Unrichtig dagegen ist es, das Pfandrecht für bedingte Foderungen selbst mit diesem Character behaftet darzustellen, so daß es ganz die Natur der letztern annehme; freilich kann kein Pfandrecht ohne Foderung bestehen, allein bei der Bestellung eines solchen für bedingte Foderungen ist dieselbe zwischen den Contrahenten in der Vorstellung vorausgesetzt.

Die Natur der Pfandrechte für beide Arten von Foderungen ist theils nach der dieser selbst verschieden, theils haben beide manches mit einander gemein [1]). Von den bedingten ist es ihrem Begriff nach in der Regel ungewiß, ob sie einst vorhanden sein werden; allein die künftigen werden nicht nur mit der Zeit von selbst fällig, sondern die Obligationen zur künftigen Leistung sind sogar schon jetzt vorhanden [2]). Daraus ergiebt sich für diese ein ganz besonderer Gesichtspunct, sie bestehen nemlich als Foderungen in der That schon jetzt, nur die Klage ist noch nicht zuständig, sondern wird dies erst später mit dem Eintritt des bestimmten Tages [3]), sie sind also bis dahin den natürlichen völlig ähnlich.

---

1) Ganz falsch ist es, beide zusammenzuwerfen, wie Westphal, Pfandrecht §. 269. thut, dem Glück XIV. S. 44. folgte, bis er sich, XVIII. 327. (87.) vom Irrthum überzeugte.

2) §. 2. J. *de Verbor. obligat.* heißt es von ihnen: statim quidem debetur, sed peti priusquam dies venerit non potest; und: praesens obligatio, in diem autem dilata solutio.

3) s. Bucher Recht der Foderungen §. 6. a. E. Mühlenbruch v. d. Cession, S. 229.

Wenn es nämlich in Fr. **10.** *de Cond. indeb.* heißt: In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit. (PAUL. 7. *ad Sab.*) und in Fr. **14.** pr. *de Pignoribus* — Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. Et puto dandam persecutionem, quia interest mea. Et ita Celsus scribit. (PAUL. **29.** *ad Ed.*) — so steht dies ganz damit in Einklang, was im vorigen Paragraphen von den natürlichen Obligationen gesagt ist, und die darin ausgesprochene persecutio pignoris ist als hypothekarische Klage nicht zu verkennen. Die Anwendbarkeit derselben muß jedoch, si nondum dies venerit, auf die Wiedererlangung eines Faustpfandes beschränkt werden, weil sie außerdem Einziehungsfähigkeit der Foderung voraussetzt, (obwohl sich auch die andern Rechtsmittel zum Schutz des Besitzes für einen solchen Pfandgläubiger nicht bezweifeln lassen). Denn bei Gefährdung einer Hypothek, wo man namentlich die Klage hat zulässig finden wollen, kann der Gläubiger nur Sicherheitsstellung [1]) fodern, daß die Hypothek unversehrt gewährt werde, sobald der Zahlungstermin herangekommen sei [2]).

Anders ist es mit dem Pfandrechte für bedingte Foderungen, soweit sie nicht den künftigen gleichstehen [3]), d. h.

---

1) Es leidet nemlich keinen Zweifel, daß hier Fr. 41. *de Judiciis* zur Anwendung komme: in omnibus b. f. judiciis, cum nondum dies praestandae pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, *ex justa caussa condemnatio fit.* (PAP. 11. *quaest.*) s. *Cujac.* Comment. in Opp. T. IV. p. 277. Ed. Neap. — Veräußerung von Seiten des Schuldners thut ja der Pfandeigenschaft keinen Eintrag.

2) Hierher gehört auch der Fall Fr. 5. §. 1. *Quibus modis pignus* etc. — Si paciscatur creditor, ne intra annum pecuniam petat, intelligitur de hypotheca idem pactus esse. Die Petitio ist auch hier nichts Anderes als die hypothekarische Klage, allein der Unterschied zwischen der Hypothek und dem Faustpfande liegt darin, daß letzteres neben dem Pfandrecht den Besitz unabhängig vom Fälligsein der Schuld selbst gewährt, und darum wie oben vorher gedacht, die hypothekarische Klage auch schon früher begründet.

3) Fr. 16. *de Cond. indeb.* — Sub conditione debitum per errorem solutum pendente quidem conditione repetitur, conditione autem existente repeti non potest. §. 1. Quod autem sub incerta die debetur, die existente non repetitur, (POMP. 15. *ad Sab.*) Fr. 17. *eod.* — nam si quum moriar, dare

sie sind als Foderungen noch nicht wirklich, sondern nur, wie schon erwähnt, in der Vorstellung unter den Contrahenten vorausgesetzt. Daraus scheint sogar folgen zu müssen, daß die Bestellung eines Pfandrechts für sie eigentlich gar keine rechtliche Anerkennung finden könne, zumal es heißt: cum interim nihil debeatur [1]), und der Entscheidungsgrund des interest mea hier streng genommen nicht paßt. Allein dieselbe findet dennoch darin ihren Grund, daß das inzwischen, wenn auch nur in der Vorstellung, bestehende rechtliche Verhältniß mit dem Eintritt der Bedingung rückwärts als bisher schon bestanden betrachtet wird, und das Pfandrecht zu seinem Anfang nur eine Obligation verlangt, nicht gerade ein Debitum (s. §. **41.**). Freilich fällt hiernach die Möglichkeit der hypothekarischen Klage im Allgemeinen weg, — wiewohl zur eventuellen Sicherung der gefährdeten Hypothek auch hier ohne Zweifel angemessene Anträge auf Sicherheitsleistung richterlichen Schutz finden müssen, — allein ob sie nicht zur Wiedererlangung des verlornen Besitzes an einem Faustpfande zulässig sei, und überhaupt die diesen sichernden Rechtsmittel, wenn er auch nur für eine bedingte Foderung eingeräumt worden, dem bedingten Gläubiger zustehen, ist dennoch eine sehr beachtenswerthe Frage. Daß auch ein Pfandcontract in Bezug auf eine bedingte Obligation vollgültig eingegangen werden könne [2]), unterliegt keinem Bedenken. Dawider können auch nicht die Sätze angeführt werden, interim nihil deberi, — denn, wiederholt gesagt, ist debitum ja nicht gleichbedeutend mit obligatio, und nur diese wird zum Begriff des Pfandrechts erfodert, — noch: Sed et in conditionali obligatione

---

promisero, et antea solvam, repetere me non posse, Celsus ait; quae sententia vera est. (ULP. 2. *ad Ed.*). Fr. 18. *eod.* — Quodsi ea conditione debetur, quae omnimodo extitura est, solutum repeti non potest, licet sub alia conditione, quae an impleatur incertum est, si ante solvatur, repeti possit. (ID. 47. *ad Sab.*) vgl. §. 26. hinter Zahl 5. und §. 47.

1) Fr. 13. §. 5. pr. *de Pignorib.* — Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante conditionem non recte agi, cum interim nihil debeatur, sed si sub conditione debiti conditio venerit, rursus agere poterit. (MARC. *l. s. ad form. hyp.*)

2) nach Fr. 5. pr. *de Pignoribus.*

non alias (res) obligantur, nisi conditio extiterit. Denn die letztere Regel ist offenbar nur von der entschiedenen vollen Wirkung des Pfandrechts zu verstehen, mit a. W. ein wirkliches pfandrechtliches Haften kann nur mit der wirklichen Foderung eintreten, und hat also mit unserer Frage nichts gemein. Muß nun der Pfandcontract aber als vorhanden und rechtlich anzuerkennen betrachtet werden, so muß mit ihm auch dessen rechtlicher Schutz und alle dazu dienende Mittel eintreten, mithin auch die hypothekarische Klage. Denn es ließe sich dem Geschäft sonst keine vernünftige Erklärung geben, und man müßte einen willkührlichen widerruflichen Pfandbesitz annehmen. Kann also der Verpfänder selbst ein solches übergebenes Pfand nicht willkührlich zurückfodern, vielmehr auf Herausgabe desselben in Folge des Pfandcontracts belangt werden, so muß dies gegen Dritte um so mehr gelten; sonst hätte der Gläubiger einen schutzlosen und doch rechtlichen Besitz.

Noch ist endlich des Falles zu gedenken, wenn in Voraussicht einer Foderung, welche erst mit dem debitum selbst eintreten wird, ein Pfandrecht bestellt worden sein sollte, so daß also ihr künftiges Vorhandensein für das Pfandrecht selbst Bedingung ist. Hier ist der letztere Begriff uneigentlich gebraucht [1]), und Das, was so bezeichnet wird, ein fehlendes wesentliches Erforderniß für das Pfandrecht, die Obligation; denn es ist für die Herstellung des Debiti kein rechtliches Zwangsmittel vorhanden, sondern nur etwa ein solches [2]) aus dem Vertrage, der über die Eingehung der künftig beabsichtigten Obligation errichtet ist (pactum de contrahendo). Dieses ist nimmermehr im Stande [3]), beim Weigern des Beklagten die Herstellung der Obligation zu er=

---

1) vgl. §. 22. und §. 44. hinter VI. A.

2) s. *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 331. 5). Glück a. a. O. XII. S. 1. 2., indem man von den Stipulationen (s. d. folg. Anm.) wenigstens mit Gewißheit auf die Verträge wird schließen dürfen, wenn nicht schon die Convention an sich von jeher, und also nicht nur nach deutschem Rechte, als vollgültig, d. h. klagbar, zu betrachten wäre.

3) Fr. 30. *de Rebus cred.* — Qui pecuniam creditam accepturus, spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat. (PAUL. 5. *ad Plaut.*)

zwingen, sondern kann nur auf das Interesse, Schadensersatz u. s. w. (s. u. §. 41.) gerichtet werden [1]). Hier vermag der Begriff der solchergestalt vorausgesetzten Foderung nichts weiter zu bewirken, als daß die für diesen Fall getroffene Pfandbestellung, wenn die Obligation künftig mit dem Debitum noch eintreten sollte, zwar erst von dann anhebt (s. §. 42.), aber doch, um volle Wirkung zu äußern, nicht wiederholt zu werden braucht, sondern dazu die früher geschehene Bestellung genügt. Das wesentliche Erforderniß, die Obligation, beruht dann inzwischen nur in der Vorstellung der Contrahenten [2]).

Ob endlich die bedingte oder künftige Obligation schon einen jetzt der Summe nach bestimmbaren, oder einen unbestimmten Betrag hat, darauf kann, da sich dieser, so wie die erstere in's Leben tritt, wenigstens durch Berechnung finden muß, bei der Pfandbestellung dafür nichts ankommen, weil für solche Obligationen im Allgemeinen eine Verpfändung zulässig ist, und dazu auch unbestimmte Foderungen gehören.

Es ist bisher absichtlich die Frage, welche nur in ihren Resultaten, deren Untersuchung aber, streng genommen, nicht hierher gehört, verschoben und als entschieden vorausgesetzt worden: was eigentlich eine künftige Foderung sei; worüber neuerlich eigenthümliche Ansichten an's Licht getreten sind [3]). Gleiches gilt zum Theil von der Natur der Bedingungen, an die eine Foderung geknüpft werden kann; da dies jedoch zugleich die daran gebundene Pfandbestellung

---

1) Fr. 68. *de Verbor. Oblig.* — Quodsi ita stipulatus fuero, pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.

2) Das bestätigt folgende Stelle: Fr. 4. *Quae res pignori.* — Titius, cum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei, et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit: deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam. Quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur. Respondit, cum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est. Et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit. (PAUL. 3. *Quaest.*)

3) Gesterding S. 35—50.

und zwar besonders wegen des Anfangs ihrer Wirksamkeit betrifft, so wird passender davon an einem andern Orte gehandelt werden (s. §. 44.); jene Frage muß aber hier ausführlichere Erörterung finden. Es ist nemlich der Begriff der künftigen Foderungen für solche, die aus Verträgen herrühren, deren Erfüllung nur in die Zukunft verschoben ist, und von einem Tage, welcher erst eintreten soll, abhängt, geleugnet und dagegen behauptet worden, „daß dazu nur solche gerechnet werden könnten, die im Augenblick noch nicht vorhanden sind, dabei auch nicht zu den bedingten gehören, von denen man aber annimmt, daß sie künftig entstehen möchten, für welchen Fall im Voraus ein Pfandrecht bestellt wird." Das Auffallende in dieser Begriffsbestimmung (wonach die künftigen Foderungen mit der zuletzt erwähnten Art der bedingten (S. 56.) zusammenfallen würden,) hat seinem Urheber selbst nicht entgehen können, er fügt gleich darauf hinzu: die Verpfändung für eine künftige Schuld enthalte die stillschweigende Bedingung, wenn in Zukunft eine Schuld entstehen möchte. Wie kann man dies aber [1]) eine künftige Schuld nennen, ohne genöthigt zu sein, jede bedingte auch dazu zu rechnen? — Jedes Beispiel, was man hier sich denken mag, läßt immer den Begriff der künftigen Schuld (nach dieser Bestimmung) mit dem der s. g. stillschweigend bedingten, richtiger: annahmsweise vorausgesetzten [2]), zusammenfallen. Und das ist freilich kein Wunder; denn insofern etwas Künftiges Gegenstand eines Rechtsgeschäfts werden soll, muß es entweder mit einer Bedingung verbunden sein, oder von der Zeit dergestalt abhängen, daß es als etwas Werdendes erscheint, d. h. wozu die Ursache schon vorhan-

1) Gesterding S. 35. behauptet auch, oder drückt es wenigstens nicht scharf genug aus, um Mißdeutungen zu verhüten, daß ein dies incertus (denn das ist z. B. der dies mortis jedes Menschen auch) allemal conditionem bilde, unter Berufung auf Fr. 75. *de Cond. et demonstr.* Allein dort heißt es: dies incertus conditionem *in testamento* facit. Bei Verträgen gilt nur der absolut ungewisse Termin als Bedingung, d. h. von dem es ungewiß ist, ob er überhaupt eintreten werde, nicht der relativ ungewisse, der zwar eintreten wird, aber man weiß nicht, wann. S. Bucher a. a. O. §. 41. vgl. diesen §. a. E.

2) Fr. 4. *Quae res pignori* und Fr. 11. §. 2. *de P. A.*

den ist. Dabei versteht sich freilich von selbst, daß das Künftige nur unter gewissen Voraussetzungen als solches denkbar ist; allein diese liegen dann in der Natur der Sache, und kommen nicht erst von außen hinzu, und eine künftige Foderung ist deshalb noch ebensowenig eine bedingte, als eine bedingte eine zukünftige darum zu nennen, weil sie künftig erst entsteht, und nicht gleich jetzt. Der Unterschied beruht also darin, daß die Obligation der künftigen Schuld schon gegenwärtig vorhanden ist, die zur bedingten aber nicht; dort ist eine Obligation vorhanden, deren volle Wirksamkeit erst von der Zukunft abhängt, und welche jene nur dann auch auflösen kann, wenn sie ihrer Natur nach zugleich eine bedingte ist, (wie bei jährlich zu leistenden Alimenten, die das Leben des Berechtigten voraussetzen); hier wird aber erst von der Zukunft erwartet, daß sie eine Obligation entstehen mache, die dann rückwärts als bestanden bezogen wird, weil die Gesetze dies als den Willen der Contrahenten erklären.

Mit dieser Darstellung ist das römische Recht vollkommen in Einklang. Es wird einleuchten, daß dieser Gegenstand für die Lehre von den Obligationen überhaupt vom größten Interesse sein müsse; dennoch kommt der Ausdruck *futura* obligatio höchst selten, nur dreimal in den Pandecten vor, nemlich in **Fr. 5.** pr. *de Pignoribus* [1]), **Fr. 6.** *de Fidejussoribus* [2]) und **Fr. 89.** *de V. O.* In den beiden ersten Stellen ist er so gebraucht, daß sich etwas Bestimmtes für den Begriff nicht entnehmen läßt; desto mehr ist dies bei der dritten der Fall: Si a colono, cui fundum *in quinquennium* locaveram, *post tres annos* ita stipulatus fuero: *quicquid te dare facere oportet*, non amplius in stipulationem deducitur, quam quod jam dari oportet: in stipulationem enim deducitur, quod jam dari oportet: si autem adjiciatur: *oportebitve*, etiam *futura obligatio* deducitur. (PAUL. 9. *ad Plaut.*)

---

1) s. o. §. 8. zu A.

2) Adhiberi autem fidejussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest, dum sit aliqua, vel naturalis futura obligatio.

Diese Stelle beweist unwiderleglich, daß eine Obligatio in diem und eine obligatio futura durchaus gleichbedeutend sind; denn es handelt sich hier um eine aus einem Contract herrührende Foderung, deren Entrichtung — die Pachtzahlungen — nur in die Zukunft verschoben und an einen bestimmten Termin gebunden war, von dem es menschlichen Erwartungen nach [1]) gewiß ist, daß er eintreten werde [2]). — Desto häufiger kommt aber der Ausdruck vor, daß eine Obligation in diem, d. h. auf einen bestimmten künftigen Tag, eingegangen sei. Da nun die Bezeichnung künftige Obligation, futura, allerdings sehr unbestimmt, also eigentlich gar keine wissenschaftliche ist, auch bei den Haupteintheilungen der Obligationen in den Quellen nach der hier in Rede stehenden Beziehung niemals vorkommt, sondern diese nur die Eintheilung in pure factas und in diem oder sub conditione conceptas kennen [3]), so ist unter den fu-

---

1) Zu den stillschweigenden Voraussetzungen, von denen eine solche Foderung immer mehr oder weniger, wie vorher gedacht, abhängt, würde z. B. hier gehören, daß das Grundstück inzwischen nicht verkauft, oder nicht vom Meere verschlungen wird.

2) Hierher gehört ferner folgende deutlich sprechende Stelle: **Fr. 35.** *de Judiciis.* — Non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse, et vel in futurum concipi, ita judicium in pendenti potest esse, vel de his rebus, quae postea in obligationem adventurae sunt. Nam neminem puto dubitaturum, quin fidejussor ante obligationem rei accipi possit: judicium vero antequam aliquid debeatur non posse. (JAV. 10. *Epist.*) Man wolle aber nicht etwa aus der Aehnlichkeit der Bürgen mit Pfändern, und daß es von jenen auch heißt, praecedere obligationem posse, §. 3. J. *de Fidejuss.* coll. Fr. 10. *de Usufr. ear. rer.* etc. Fr. 50. pr. *de Peculio*, einen Vergleich hernehmen, um die Gesterdingsche Behauptung von den künftigen, aber nicht bedingten Foderungen und dessen Begriffsbestimmung zu befestigen. Denn es ist zu beachten, daß der Bürge als selbstständige Person mit dem Gläubiger contrahirt, und mithin dessen Obligation, die eine etwanige künftige jetzt noch ganz unbestimmte Schuld des künftigen Hauptschuldners betrifft, ihrer Natur nach eine bedingte ist, weil sie stillschweigend voraussetzt: wenn der letztere einmal etwas schuldig werden sollte; — daß diese an sich ganz ungewisse künftige aber in rechtlichen Betracht fällt, kann gar nicht befremden, da sie in der That conditionem bildet, und also hierin jedem andern Umstand gleichsteht. Dahin gehören z. B. Creditbriefe der Banquiers u. s. w., welche Reisende mit sich nehmen, um in der Fremde leichter Geld geliehen zu erhalten. Stellt ein solcher Reisender dem Banquier dafür ein Pfand, so haben wir den Fall einer vorausgesetzten Foderung, wofür jenes haften soll, wenn sie entstehen würde.

1) s. §. 2. J. *de V. O.* *Paul.* II. 3. Fr. 10. 213. pr. *de V. S.*

turae, wo sie sich finden, nichts Anderes, als eben die in diem conceptae zu verstehen, und futurae nur ein ungenauer, unjuristischer Ausdruck, vielleicht aus dem gemeinen Leben aufgegriffen. Dies geht zuerst mittelbar daraus hervor, daß sich unter futurae obligationes neben den in diem und sub conditione conceptis gar nichts Juristisches denken läßt; unmittelbar aber aus dem vorher gedachten Fr. 89. *de V. O.* In der Zusammenstellung futura obligatio ist also der Begriff der obligatio mehr von solvere als von debere gedacht. Dabei lasse man sich durch Zweierlei nicht irren, nemlich erstens, daß futura neben den in diem und sub conditione conceptis einmal vorkommt [1]), und dann, daß die in diem concepta auch praesens obligatio genannt wird [2]). Jenes geschieht nemlich bei einer allgemeinen Aufzählung sämmtlicher Obligationen, für welche nur immer möglich ein Pfandrecht bestellt werden kann, wo es also weniger auf Genauigkeit und scharfe Unterscheidung in der Benennung, als auf größte Vollständigkeit ankommt. Es sind ferner in der letzten Hälfte des betreffenden Bruchstücks wirkliche Pleonasmen (die zweimal vorkommenden bedingten Obligationen) vorhanden, und dieselben so unbeholfen und weitschweifig gebauet, (die Verbindung schleppt sich durch ein dreimaliges Sed et hin,) daß man wohl mit Sicherheit den Schluß wird ziehen dürfen, daß die Stelle nicht in ihrer ursprünglichen Beschaffenheit auf uns gekommen sei. Endlich läßt sich der Anstoß sogar auf eine Weise heben, wodurch die futurae obligationes ganz verschwinden, und die Stelle gegen Das, was von denselben hier gesagt ist, nicht mehr angeführt werden kann. Man kann nemlich futurae in dem Satz: [Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione etc. —] Sed et futurae obligationis nomine dari pos-

---

Fr. 44. pr. 1 sqq. de *O. et A.* Fr. 9. pr. *de Condict. indeb.*

1) Fr. 5. pr. *de Pignoribus*, s. S. 34.

2) z. B. Fr. 46. *de V. O.* — Centesimis calendis dari utiliter stipulamus: quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio. (PAUL. 12. *ad Sab.*)

sunt, — als den Nominativ und auf res bezüglich ansehen; das bestätigt sogar das am Schluß wiederkehrende: Sed et in conditionali obligatione non alias obligantur — wo res ganz und gar fehlt. — Soviel den zweiten vorher gedachten Umstand angeht, so ist er gar kein Beweisgrund, weil gezeigt worden ist, daß futura obligatio zwar die in diem concepta und nichts Anderes bezeichne, aber zugleich ein unjuristischer Ausdruck sei, dessen Unbedeutenheit seine große Seltenheit bezeugt. Offenbar hatte man in ihm zunächst die Leistung vor Augen, (die freilich vom Standpunkte des gemeinen Lebens aus das Interessanteste ist, und somit den Ursprung desselben treffend zeigt,) nicht den rechtlichen Grund, der schon gelegt ist; da hingegen, wo eine in diem obligatio eine praesens genannt wird, ist dem letzten Begriff gerade ausdrücklich die Solutio debiti entgegengesetzt; mithin findet hier kein Widerspruch, sondern Uebereinstimmung Statt. Daß endlich sogar der Begriff praesens obligatio von den römischen Rechtsgelehrten ebenfalls, je nachdem sie die Solutio des erst künftig fällig werdenden debiti, oder deren bereits jetzt feststehende Obligation in's Auge fassen, verschiedener Deutung unterworfen worden sei, beweist gegen das vorher angeführte Fr. **46.** *de V. O.* ganz deutlich Fr. **9.** pr. *de Rebus cred.* — Certi condictio competit ex omni caussa et ex omni obligatione ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, *dummodo praesens sit obligatio. Ceterum si in diem* vel sub conditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere. (ULP. **26.** *ad Ed.*) Hier ist die praesens obligatio der in diem offenbar entgegengesetzt. Sonach sind obligationes futurae mit denen in diem gleichbedeutend, der Zahlungstag mag schon feststehen, oder von gewissen Umständen abhängen, ausdrücklich festgesetzt und als solcher bezeichnet worden sein, oder der Natur der Sache und Rechtsgewohnheiten nach sich stillschweigend von selbst verstehen. Die hingegen, deren Verfalltag nur möglicher Weise eintritt, also wo nicht blos das wann, sondern auch das ob unge-

wiß ist, sind ihrer Natur nach den bedingten gleich zu achten [1]), und so kommen sie denn auch beim Pfandrecht in Betracht [2]).

---

1) *Donelli* Comment. de Jure civ. XV. 9. (Ed. Norimb. T. IX. 83.) *Mühlenbruch* Doctr. Pandect. §. 110.

2) Es ist interessant, die Erläuterung des Cujacius über die vorher erwähnte Stelle in dem Comment. ad Tit. *de Reb. cred.* Opp. T. VII. 652. A. zu lesen: — si in diem sit concepta stipulatio, diem ajunt JCti, cedere statim, non venire statim: si sub conditione neque cedere, neque venire statim, antequam conditio exstiterit. Cedere est incipere deberi, venire est agi posse: ergo *ante diem est obligatio*, non actio. *Eodem argumento licet docere, stipulationis in diem obligationem esse praesentem*, quia cedit statim, quae in hoc loco negatur esse praesens. Opponitur enim *praesens obligatio obligationi in diem.* Sed hoc est breve responsum. *Obligatio in diem non est praesens*, i. e. quae praesentem diem habeat, quo exequi eam possimus, *sed est praesens dilata in alium diem.* — Quod si sub conditione concepta sit stipulatio, obligatio etiam vel actio non est praesens simpliciter, sed quodammodo; est enim praesens, i. e. quae ex praesenti vires accipit conditionalis, et consequenter est etiam actio praesens conditionalis.

Dritter Abschnitt.
Von den Sachen als Gegenständen des Pfandrechts.

§. 12.
Allgemeine Regeln.

Insofern eine Sache es ist, die dem Gläubiger zum Pfande gestellt, Sicherheit leisten soll, ist natürlich die Möglichkeit erfoderlich, daß sie diese überhaupt (d. h. abgesehen davon wie weit) zu gewähren geeignet sei. Dies hängt von der rechtlichen Natur der Sachen ab, weshalb von diesen im Einzelnen, soweit jene dabei in Betracht fällt, zu handeln ist. Hierbei findet ein Unterschied nach den verschiedenen Entstehungsarten des Pfandrechts Statt, indem an manchen Sachen zwar ein gesetzliches, aber kein freiwilliges Pfandrecht bestehen kann, während die, welche Gegenstand des letztern werden können, dem ersten mit einer einzigen Ausnahme sämmtlich unterliegen (die Ackergeräthe); von diesem Verhältniß handelt §. 15.

Die Verpfändung ist ein Veräußerungsact; danach gestaltet sich als oberste Regel für diese Materie: alles was eine bestimmte Person nicht verkaufen kann, kann sie auch nicht verpfänden [1]). — Es können daher in der Regel Sachen

---

1) Ungeachtet es Fr. 9. §. 1. *de Pignoribus* positiv heißt: Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest. (GAI. 9. *ad Ed. prov.*) ist die Regel doch angemessener negativ, wie umgekehrt bei Marcian Fr. 1. §. ult. *Quae res pignori.* — Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest, ausgedrückt, weil sie positiv gefaßt, Beschränkungen leidet, und sogar falsch ist; denn fremde Sachen können z. B. Gegenstand des Handels, aber nicht einer Hypothek sein. Absichtlich ist auch die Regel so gestellt, daß die Be-

aller Art, welche den Inbegriff des Vermögens bilden [1]), körperliche und unkörperliche, gegenwärtige und zukünftige, auch baares Geld [2]) verpfändet werden; die es nicht können, sind nur als Ausnahmen von erstern zu betrachten. Hiernach sind zuerst alle dem Verkehr, absolut oder relativ, entzogene Sachen der Verpfändung unfähig. Dem ist neuerlich widersprochen, und behauptet worden [3]), daß nur absolut dem Verkehr entzogene Sachen der Verpfändung unfähig seien, nicht wenn blos in Beziehung auf den Verpfänder oder den Gläubiger, und man hat dies mit Analogieen aus **Fr. 40. u. 114. §. 5.** *de Legatis* I. und **Fr. 11. §§. 16. 17.** *de Legatis* III. beweisen wollen. Die Analogie dieser Stellen würde aber nicht nur an und für sich den Beweis nicht zu führen vermögen, denn sämmtliche enthalten nur die Vorschrift, daß, wenn dem Vermächtnißberechtigten etwas hinterlassen worden, was seinem Verkehr entzogen sei, m. and. W. was er nicht erwerben könne, ihm dafür die Taxsumme in Gelde entrichtet werden müsse, sondern es ist auch in der That nicht zu ermitteln, was eigentlich die Beziehung auf den Verpfänder für eine Deutung erhalten solle. Denn einmal würde die Unfähigkeit des Schuldners, aus persönlichen Gründen eine bestimmte Sache zu verpfänden, ganz mit Unrecht unter die Materie von den in Bezug auf ihn dem Verkehr entzogenen Sachen aufgeführt, und vielmehr nur zu der Lehre von der Verfügungsfähigkeit desselben gehören; sodann aber läßt sich die rechtlich nothwendige Gestaltung eines solchen Verpfändungsfalles nach der angedeuteten Analogie gar nicht bestimmen. Sie verräth nemlich unbezweifelt die Geneigtheit zu der Annahme, daß eine Taxsumme an Stelle der Sache treten solle; wie ließe sich aber davon eine Anwendung auf eine Sache in der Eigenschaft eines Pfandes

---

fugniß des Verpfänders vorzüglich in Rücksicht seiner persönlichen Befähigung mit darin liegt.

1) C. 6. *Quae res pignori.* — — quum sit manifestum, obligationem pignoris non consistere, nisi in his, quae quis de bonis suis facit obnoxia.

2) Wenigstens Faustpfandweise, so daß dann kein Verkauf, sondern sofortiges Selbstbezahltmachen durch Innebehalten Statt hat. (Als Beispiel dient der baare Pachtvorschuß.) S. u. §. 50. a. E.

3) Walett Pandektenrecht §. 326.

machen? — Soviel den Gläubiger angeht, bezieht man sich namentlich darüber und über den Zusatz, daß dem Gläubiger sogar etwas verpfändet werden könne, was er nicht erwerben dürfe, auf Fr. **24.** *de Pignoribus.* — In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur [1]). Allein schon Donellus [2]) hat sehr richtig darauf aufmerksam gemacht, daß dieses Bruchstück gar keine Beziehung auf bestimmte Sachen, sondern eine rein örtliche hat. Es war nemlich Denen, welche sich in einer amtlichen Stellung in einer Provinz des römischen Reiches befanden, der Erwerb von Grundstücken in denselben verboten, dagegen aber erlaubt, Geld auszuleihen [3]); danach ist das: in quorum finibus, hinlänglich erklärt. Endlich läßt sich auch dem Satz, welcher darauf gegründet werden soll, nemlich: daß solche Sachen Jemandem verpfändet werden können, die ihm nicht verkauft werden dürfen, gar kein allgemeiner Charakter beilegen, weil sich dazu etwa nur der Fall denken ließe, daß eine testamentarische Verfügung oder vertragsmäßige Bestimmung denselben veranlaßt hätte, welche aber eine ausdrückliche Unterscheidung enthalten müßte, weil sonst die Verpfändung unter der Veräußerung mitbegriffen ist [4]). — Da nun Fr. **24.** *de Pignoribus* unpractisch geworden sein mögte, so fällt jede Beschränkung der Regel in ihrer Allgemeinheit weg. Das Verbot des Verkaufs oder Kaufs neben dem Gestatten der Verpfändung würde ohnedies zur Täuschung, weil das Eigenthum durch die Impetratio dominii von Seiten des Gläubigers erworben, und hierdurch wie durch den Pfandverkauf für den Verpfänder verloren gehen würde, die Verpfändung also das beste Mittel wäre, das Gebot zu umgehen [5]).

---

1) Dieser Zusatz hat noch größere Aufnahme, ja man kann sie beinahe eine allgemeine nennen, gefunden, s. Glück XIX. S. 199. Selbst *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 305. scheint so verstanden sein zu wollen, doch beruft er sich in der Anm. auf Westphal; Büchel Verpfändung der Jura in re S. 71. 2.) widerspricht sogar Westphal; aber sehr mit Unrecht, denn wie kann man denn dem: in quorum finibus, eine andere als eine örtliche Bedeutung beilegen? —

2) l. l. p. 496. s. auch Westphal a. a. O. §. 59.

3) Fr. 62. pr. *de Contrah. emt. vend.* Fr. 34. *de Reb. cred.*

4) C. 7. *de Rebus alien. non al.*

5) s. Fr. 1. §. 2. *Quae res pi-*

§. 13.

Von der Verpfändung der dem Verkehr entzogenen Sachen.

Zu den nach römischem Rechte dem Verkehr und also einer gültigen Verpfändung entzogenen Sachen gehören:

I. alle sogenannte Sachen göttlichen Rechtens, d. h. alle zum Gottesdienst geweihte Sachen (res sacrae), die gefreiten (religiosae) und gefriedeten (sanctae) [1]. Eine Ausnahme davon durfte nur geschehen, um Christen aus der Gefangenschaft der Barbaren loszukaufen [2], und um bei eingetretener Hungersnoth die Armen davon zu unterhalten, sowie um dringende Kirchenschulden zu bezahlen [3].

Die heutigen Grundsätze des katholischen wie des protestantischen Kirchenrechts sind jedoch ganz von denen des römischen verschieden, nachdem man andere und richtigere Grundsätze von dem Eigenthum an den s. g. Sachen göttlichen

---

gnori etc. In der Voraussetzung der Richtigkeit der oben widerlegten Beschränkung hat man sogar schon geschäftig darauf gedacht, Fr. 24. *de Pignoribus* mit Fr. 1. §. 2. *Quae res pignori*: (s. S. 64. 1.).) scheinbar als widersprechend zu vereinigen, hat aber übersehen, daß diese Stelle gar nicht wie Fr. 24. *d.* eine persönliche Beziehung hat, indem *ejus* nicht auf *quis* geht, sondern auf *res*. Vielleicht, daß gar diese falsche Erklärung erst zu der falschen Beschränkung Veranlassung gegeben hat.

1) C. 21. *de Sacros. eccles.* — Sancimus, nemini licere, sacratissima atque arcana vasa, vel vestis ceteraque donaria, quae ad divinam religionem necessaria sunt, quum etiam veteres leges ea, quae juris divini sunt, humani nexibus illigari sanxerint, vel ad venditionem, vel hypothecam, vel pignus trahere, sed ab his, qui haec suscipere ausi fuerint, modis omnibus vindicari — nulla eis actione relinquenda vel super recipiendo pretio, vel foenore exigendo, pro quo res oppignoratae sunt. Sin autem vel conflata sunt, vel alio modo immutata, vel dispersa, vel ad ipsa corpora, vel ad ipsa pretia eorum exactionem competere sive per in rem, sive per condictionem, sive per in factum actionem. — C. 2. *de Religios.* — Monumentum neque venire, neque obligari a quoquam prohibente juris religione posse, in dubium non venit. — Fast mit denselben Worten findet sich dies von demselben Kaiser, Antonin, verordnet in C. 3. *Quae res pignori obl.* etc. — Vergl. §. 8. J. *de R. D.*

2) Fortsetzung der C. 21. *d.* — Excepta videlicet caussa captivitatis in locis his, in quibus hoc, quod abominamur, contigerit. Nam si necessitas fuerit in redemtione captivorum, tunc et venditionem praelatarum rerum divinarum et hypothecam et pignerationes fieri concedimus.

3) *Nov.* CXX. Cap. 10.

Rechtens angenommen hat [1]). Man erfodert zu deren Verpfändung, wie Veräußerung überhaupt, gegenwärtig nur eine genügende Ursache und die Beobachtung der gesetzlichen Form. Als erstere kann nach katholischem Kirchenrechte nur unabwendbare Nothwendigkeit und dringende Nächstenliebe betrachtet werden [2]), und danach wäre es also mit den römischrechtlichen Vorschriften ziemlich einverstanden; allein in Betreff von weniger wichtigen Kirchensachen, als beweglicher, nicht sehr kostbarer, und nicht wohl zu erhaltender, ist den Verwaltern in der Regel für die Veräußerung überhaupt freiere Hand gelassen, was auch von der Form gilt [3]). — Sonst ist die letztere von Justinian [4]), der der Veräußerung und Verpfändung von Minderjährigen gehörigen Gütern gleichgesetzt, womit das canonische Recht übereinstimmt [5]).

Das protestantische Kirchenrecht [6]), welches für die Kirchengüter sehr abweichende Grundsätze hat, verwirft dagegen den Begriff der Heiligkeit der Kirchen- und andern hieher zu zählenden Sachen; es verbietet zwar im Allgemeinen auch die Veräußerung und Verpfändung der unbeweglichen und der kostbaren beweglichen Kirchensachen im weitesten Sinn bei Strafe der Nichtigkeit, allein es erkennt doch noch den deutlich erhellenden und besondern Nutzen auch für die Veräußerung und Verpfändung der Kirchensachen, selbst der s. g. heiligen und gottesdienstlichen, als zulässigen Grund außer denen des canonischen Rechts an. Auch die Form ist weniger streng bei den Protestanten, indem das Decret der Kirchenbehörde mit weniger Weitläuftigkeit erlangt wird.

II. Die dem Verkehr entzogenen Sachen menschlichen Rechtens, als Sachen öffentlichen Eigenthums insbesondere res universitatis genannt, sind ebenfalls von der Verpfändung wie von der Veräußerung ausgeschlossen [7]). Hieher gehören auch die Jemandem errichteten Ehrensäulen, Sta-

---

1) Glück II. S. 479 ff. Von der Nahmer Samml. II. S. 95.

2) Schnaubert Kirchenrecht der Katholiken in Deutschland §. 541.

3) Wiese Handbuch des Kirchenrechts Bd. II. §. 201.

4) Nov. VII. CXX.

5) In dem Titel der Decretalen de Rebus eccles. alienand. vel non. (III. 13.)

6) Wiese a. a. O. S. 541. ff.

7) *Donell.* l. l. IV. 6. (T. II. p. 327.)

tuen u. s. w., die nicht sein eigen sind [1]), obschon ihm ein Interesse daran zusteht. Dagegen können solche Sachen einer Gemeinheit, die zu deren eigentlichem Vermögen gehören und einen Geldwerth haben, nicht als dem Verkehr entzogen betrachtet, sondern dürfen verpfändet, müssen aber allerdings in der Regel nach Maaßgabe der Güter der Unmündigen behandelt werden (s. u. §. **26.**), was im Einzelnen aus der Organisation jeder Gemeinheit zu entnehmen ist. — Für I. und II. gilt auch, daß, ungeachtet die betreffenden Sachen eine solche Verwandlung erleiden, daß sie nachmals gültig verpfändet werden könnten, das früher bestellte Pfandrecht doch ungültig ist [2]).

III. Daß nicht nur von frühern Kaisern [3]), sondern sogar noch von Justinian [4]) ausdrücklich zu verbieten und streng zu bestrafen für nothwendig erachtet ward, es solle Niemand seine Kinder noch freie Menschen verpfänden, muß offenbar die Verwunderung erregen, und nur, daß es geschehen, kann hier die Erwähnung dieses Umstandes rechtfertigen [5]).

In dem besondern Fall, daß Jemand einen Andern aus der Kriegsgefangenschaft losgekauft hatte, erhielt er aber bis zur Zahlung ein Recht auf des Freigewordenen Person, das einem Pfandrechte nicht unähnlich war [6]). Unterblieb die Zahlung des Lösegeldes, so konnte der Loskäufer als Pfandberechtigter dessen Abarbeiten oder fünfjährigen Dienst verlangen [7]). Die Quellen enthalten noch mehrere besondere hierauf bezügliche Vorschriften, die jetzt unpractisch geworden sind [8]).

---

1) Fr. 29. *de R. A. J. P.* coll. cum Fr. 11. §. 1. *Quod vi.* Fr. 23. *de Except.* Fr. 41. *de A. R. D.*

2) *Donell.* l. l. de Pign. p. 476.

3) Fr. 5. *Quae res pignori.* C. 1. *de Patr. qui filios suos distrax.* C. 6. *Quae res pignori.*

4) *Nov.* CXXXIV. Cap. 7.

5) s. übrigens Westphal a. a. O. §. 119.

6) — pignoris vinculum. — C. 11. 13. *de Postliminio revers.* — C. 2. *eod.* — Magis in caussam pignoris constitui, quam in servilem conditionem esse detrusi —.

7) C. ult. *eod.*

8) s. Fr. 15. u. 20. §. 9. *de Captivis.*

§. 14.

Von den Sachen, deren Verpfändung ganz oder eine Zeit lang verboten ist.

Die im vorigen Paragraphen behandelten Sachen behalten ihren Character entweder immerwährend, oder er wird wenigstens als dauernd vermuthet, und darum hängt die Ungültigkeit ihrer Verpfändung mit ihrer Natur selbst zusammen. Außerdem kann aber Sachen aller Art [1]), ohne Ausnahme, ein relatives Veräußerungs- und Verpfändungsverbot treffen, d. h. ein solches, welches diese entweder eine Zeitlang für Jedermann, oder in Bezug auf bestimmte Personen, sowohl Gläubiger als Verpfänder, versagt [2]), und theils von den Gesetzen unmittelbar, theils vom Willen dazu berechtigter Personen ausgeht. Die Folgen dennoch geschehener Verpfändung sind aber denen der vorher behandelten Sachen keineswegs gleich, sondern es ist für die einzelnen Sachen selbst zu unterscheiden. Dahin gehören folgende:

I. alle Sachen, deren Veräußerung gesetzlich verboten ist, die aber dabei nicht zu den dem Verkehr entzogenen gehören. Hierunter sind, nachdem das Verbot der Verpfändung des Siegeslohnes der Athleten im Voraus [3]) unpractisch geworden, namentlich noch:

A. die streitigen Sachen, res litigiosae, zu verstehen, welche im weitern Sinn auch mit jenen [4]) verbunden werden, d. h. diejenigen, über deren Eigenthum ein Rechts-

1) C. 7. *de Rebus alien. non alienand.* — Sancimus sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi.

2) Solche Veräußerungsverbote, welche in einer mangelnden persönlichen Eigenschaft, der der Verfügungsfähigkeit, ihren Grund finden, gehören hier nicht her (s. §. 26.), obwohl sie Lauk in der Zeitschrift Bd. V. S. 5. dazu zählt, denn sie sind vielmehr Mängel persönlicher Rechte, als daß die Sachen dadurch eine bestimmte Eigenschaft erhielten.

3) C. 5. *Quae res pignori. Donell.* p. 494. will diesem Verbot eine analoge Ausdehnung auf alle Kampfpreise geben. Es ist und bleibt aber veraltet.

4) Fr. 1. §. 2. *Quae res pignori.*

streit zwischen Dem, der das Pfandrecht bestellt, und Dem, der, wenn er obsiegte, es nicht würde anzuerkennen brauchen, bereits obschwebt, und zwar aller Arten, ohne Rücksicht auf bewegliche oder unbewegliche [1]). Eine Wirksamkeit des demungeachtet bestellten Pfandrechts findet gar nicht Statt, selbst dann nicht, wenn der Verpfänder den Proceß gewinnt; die darauf abzweckende Handlung ist also ganz und gar ungültig, ohne daß das Pfandrecht daran durch ein späteres Ereigniß in Kraft treten könnte [2]). In wiefern für den Gläubiger persönliche Entschädigungsansprüche begründet seien, ist nach den allgemeinen Grundsätzen von den Veräußerungsverboten und Verträgen zu beurtheilen [3]).

B. Die Mitgiftsgrundstücke der Ehefrauen, auf welche Justinian das Rechtsverhältniß, welches früher denen in Italien allein eigen war, ohne Unterschied auch in den Provinzen ausdehnte [4]), d. h. die dem Ehemanne nicht

---

1) Der Streit, ob Scävola in den Worten Marcians in Fr. 1. §. 2. *d.* i. f. — Quid ergo, si praedium quis litigiosum pignori acceperit, an exceptione submovendus sit? Et Octavenus putabat, etiam in pignoribus locum habere exceptionem. Quod ait Scaevola lib. 3. var. Quaest. procedere, ut in rebus mobilibus exceptio locum habeat — Octavens Meinung auf die beweglichen Sachen eingeschränkt habe (s. Glück XIX. S. 204.), erscheint nach Justinians durchgreifender Verordnung in C. ult. *de Litigios.* als fruchtlos. Ohnedies aber möchte die Erklärung dieser Worte dahin (*Gmelin* comment. de Jure pign. et hyp. etc. §. 35. p. 118 sq.), daß Scävola, den Octaven nicht habe beschränken, sondern seine Meinung auch auf bewegliche Sachen ausdehnen wollen, nicht zu bestreiten sein. Ut heißt hier entweder soviel als daß auch (s. meine Uebersetzung im deutschen Corpus Juris), ohne daß man mit Holoander ut *et* zu lesen braucht, oder es heißt wie, nemlich vergleichsweise. Es wird ja auch sonst nie ein Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen streitigen Sachen gemacht.

2) s. Mühlenbruch Cession §§. 29. 31. Der Grund hiervon ist die Absicht des Gesetzes, dem Eigenthümer die Möglichkeit zu erhalten, seine Sache wieder zu erlangen, ohne in Weiterungen verwickelt zu werden durch Handlungen dessen, der dazu eventualiter kein Recht hat. Freilich kann daraus folgen, daß die Chicane auch dem vollkommen rechtlichen Eigenthümer durch Erhebung muthwilliger Processe eine Zeit lang die Verfügungsfähigkeit über sein Eigenthum entzieht, allein in solchen Fällen ist der Anspruch auf Schadensersatz völlig begründet.

3) Lauk a. a. O. S. 10.

4) C. un. §. 15. *de Rei uxoriae actione.* — Et cum Lex Julia fundi dotalis Italici alienationem prohibebat fieri a marito, non consentiente muliere, hypothecam autem, nec si mulier consentiebat, interrogati sumus, si oporteat hujusmodi sanctionem non supra Italicis tantummodo fundis, sed pro

Kaufes wegen geschätzt überlassenen [1]); die ihm solchergestalt überlassenen gehen nemlich in sein volles Eigenthum über [2]), haften der Frau selbst unterpfandweise für die Mitgift, und der Preis tritt an die Stelle derselben [3]). Durch die Auslegung der alten Lex Julia sind alle zum Heirathsgute gegebene unbewegliche Sachen schon von den classischen Rechtsgelehrten hieher gezogen worden [4]); auch ist es gleichgültig, ob die Frau das Grundstück gegeben hat, oder ein Anderer [5]), oder auf welche Weise überhaupt dasselbe den Character als zur Mitgift gehörig angenommen hat [6]). Solche Grundstücke nemlich darf der Mann nicht einmal mit Einwilligung der Frau verpfänden, oder verhypotheciren [7]). Alles ältere Recht hierüber ist durch jene Constitution aufgehoben und verändert, und auf diesen allgemeinen Satz beschränkt. Die Verpfändung ist von selbst nichtig und wirkungslos [8]), und zwar sofort, nicht etwa erst nach Aufhebung der Ehe [9]). Die zum Pfande gegebene und veräußerte Sache kann von jedem Besitzer zurückgefodert werden, von Seiten der Frau jedoch erst unter denselben Umständen, die sie zur Rückfoderung gegen den Mann überhaupt berechtigen, wogegen aber jede Einrede der Verjährung wegfällt. Selbst der Mann kann — also seine eigene Handlung anfechtend, — das

---

omnibus locum habere? Placet itaque nobis eandem observationem non tantum in Italicis fundis, sed etiam in provincialibus extendi.

1) s. Glück XXV. S. 153.

2) C. un. §. 6. *d.*

3) C. un. §. 15. *de Rei uxoriae actione.* Eine Ausnahme bei vorbehaltener Wahl des Grundstücks oder des Preises nach Trennung der Ehe s. Fr. 11. *de Fundo dotali.*

4) Fr. 13. pr. *de Fundo dotali.*

5) Fr. 14. §. 1. *eod.* Nur darf es kein fundus receptitius sein, dieser schließt die Veräußerung nicht aus, weil dann der Frau keine Klage auf Rückfoderung zusteht.

6) s. die einzelnen Fälle (dotis u. repudiatio legati, accessio u. s. w.) bei Glück a. a. O. S. 160.

7) pr. J. *Quibus alienare* etc. — Cum enim Lex (Julia) in soli tantummodo rebus locum habebat, quae Italicae fuerant, et alienationes inhibebat, quae invita muliere fiebant, hypothecas autem earum, etiam volente: utriusque remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quae in provinciali solo positae sunt, interdicta fiat alienatio vel obligatio, et neutrum eorum, neque consentientibus mulieribus, procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae earum converteretur.

8) Glück a. a. O. S. 394.

9) Eine Ausnahme, die sehr verwickelte und äußerst seltene Rechtsverhältnisse voraussetzt, s. Fr. 9. §. 3. und Fr. 10. *de Fundo dotali.*

Grundstück zum Besten der Frau vindiciren. — Nach Analogie des Kaufs [1]) wird jedoch die Verpfändung in dem einzigen Falle als wirksam und gültig betrachtet werden müssen, wenn der Mann die Mitgift nach der Ehetrennung gewinnt. — Für das Paraphernalvermögen erscheint der Mann nur als Verwalter fremden Gutes; die Beziehung der Vorschriften für Mitgiftsgrundstücke auf jenes, welche man hin und wieder gelehrt findet, ist daher irrig [2]). — Dagegen hat das Verpfändungs- und Veräußerungsverbot auf die Grundstücke, welche zur Schenkung wegen der Hochzeit gehören, vollkommene Anwendung, diese möge vom Ehemann oder einer andern Person ausgehen [3]); auch hier tritt sofortige Nichtigkeit ein, selbst bei Einwilligung der Frau, ausgenommen sie würde nach Verlauf zweier Jahre wiederholt, wobei jedoch wiederum erfodert wird, daß andere Sachen in genügender Zahl und Tauglichkeit zur Sicherung der Frau vor Nachtheil vorhanden seien. — Von dem Anspruch auf persönliche Entschädigung zwischen den Contrahenten über solche Sachen, gilt die Schlußbemerkung zum Buchstaben A.

II. Diejenigen Sachen, deren künftige Veräußerung und Verpfändung durch den Willen ihrer jetzigen Eigenthümer bei der Uebertragung des Eigenthums auf Andere, oder Anderer, deren Verfügung in diesem Punkte jene vermöge eines besondern Verhältnisses anerkennen müssen, rechtsgültig verboten ist [4]). Dies kann durch richterliche Anordnung (z. B. zur Sicherung von Gläubigern, oder wegen Verschwender [5]) durch Vertrag oder Testament geschehen. Daß hierzu auch ein Codicill genüge, scheint keinem Bedenken zu unterliegen, wenn auch sonst nur von Testamenten die Rede ist [6]). Zur Gültigkeit eines letztwilligen Verbotes der Art wird erfo-

---

1) Fr. 17. *eod.* — Fundum dotalem maritus vendidit, et tradidit: si in matrimonio mulier decesserit, et dos lucro mariti cessit, fundus emtori avelli non potest. (MARCEL. 7. *Dig.*)

2) s. Glück a. a. O. S. 266. 30).

3) *Nov.* LXI. (vgl. C. 13. *de Don. i. vir. et ux.*)

4) C. ult. *de Reb. alien. non alienand.*

5) Wening a. a. O. Th. I. S. 288. S. Fritz S. 277., welcher mit Manchen diese Abtheilung zu den gesetzlichen rechnet. Vgl. Lauk Zeitschrift Bd. V. S. 1 ff.

6) s. Fr. 114. §. 14. *de Legatis* I.

dert, daß der Testator die Veräußerung zum Vortheil einer bestimmten Person, oder zum Besten seiner Familie untersagt habe [1]). Daß damit keinem Gläubiger, am wenigsten einem Pfandgläubiger, zu nahe getreten werden dürfe, versteht sich von selbst [2]). Die für letztwillige Verbote dieser Art geltenden Grundsätze scheinen wegen des völlig anwendbaren Entscheidungsgrundes auch auf vertragsmäßige ausgedehnt werden zu müssen. — Daraus ist ersichtlich, daß das Verbot sowohl eigene Sachen des Verbietenden ergreifen darf, welche auf Andere übergehen, als solche dieser Anderer [3]). Soviel nun die Folgen dessen ungeachtet bestellter Pfandrechte anlangt, so sind diese bei richterlichem Verbote allemal nichtig; bei dem von Privaten ausgehenden aber ist, wenn an die Verpfändung oder Veräußerung im Allgemeinen als auflösende Bedingung nicht von dem Verbieter ausdrücklich und bestimmt vorgeschriebene Folgen geknüpft sind, welchen Falls diese eintreten, und das Pfandrecht nach Umständen [4]) durchaus ungültig ist, ein Unterschied zwischen dem letztwilligen und dem vertragsmäßigen Verbot zu machen. Offenbar greift nemlich hier die Analogie der Veräußerungsverbote überhaupt ein [5]). Danach folgt, daß im ersten Fall zwar nicht der Verpfänder, wohl aber Derjenige, dessen wegen auf den Grund eines Statt findenden Fideicommiß-

---

1) Fr. 114. *d.* — Divi Severus et Antoninus rescripserunt, eos qui testamento vetant, quid alienari, nec caussam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti sripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint: quia talem legem testamento non possunt dicere. Quodsi liberis, aut posteris, aut libertis, aut heredibus aut aliis quibusdam personis consulentes, ejusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse. Sed hoc neque creditoribus neque fisco fraudi esse, etc. (MARC. lib. 8. Inst.)

2) C. 1. *Debitorem venditorem* etc. Fr. 78. §. 4. *de Legat.* II.

3) Bei vertragsmäßigen Verboten folgt dies als zulässig aus der Natur des Vertrags und dessen, was Gegenstand desselben werden kann, überhaupt; bei letztwilligen aus der Natur der Bedingungen; s. übr. Fr. 114. §. 14. *d.*

4) Es wird dies zwar in der Regel, d.h. in den meisten Fällen sein; doch könnte der Verbieter auch das Pfandrecht unter besondern Bedingungen und Bestimmungen gelten lassen wollen, nur Strafen bestimmt haben u. s. w.

5) nach C. 7. *d.* Ueber diese s. Glück Bd. XVI. S. 52 ff. Wening Th. I. S. 288 f. dazu Fritz S. 251 ff.

verhältnisses die Verpfändung verboten war, dieselbe niemals anzuerkennen braucht [1]), er möge gleich jetzt, oder künftig erst die Sache in Anspruch zu nehmen berechtigt sein [2]). Ist Jemanden die Verpfändung einer eigenen Sache rechtsgültig verboten, so ist sie zwar nicht nichtig, wenn sie geschieht, es kann aber Der, welchem zu Gunsten das Verbot geschehen, sein Interesse einfodern [3]). Willigt dieser in die Verpfändung, so besteht sie vollgültig [4]). — Die Nichterfüllung des Veräußerungsverbots bei Verträgen fällt in zwiefachen Betracht, je nachdem eine Schenkung vorhanden ist, für die das Veräußerungsverbot Modus ist [5]), oder eine Gegenleistung Statt findet; Verträge letzterer Art begründen keine Rückfoderung, sondern das, was bei der Schenkung Modus ist, ist bei jenen Gegenstand der Gegenleistung; es kann also nur auf diese, und statt derselben auf Schadensersatz und Interesse geklagt werden. Jede andere Ansicht hiervon ist verwerflich, weil sie auf das Unding einer Dienstbarkeit der Nichtveräußerung hinausliefe. Allein auch das mit einer Schenkung verknüpfte Veräußerungsverbot kann keine absolute Nichtigkeit der Verpfändung herbeiführen [6]), sondern ebenfalls nur die Klage auf Erfüllung und mithin auf Ersatz, oder auf Rückfoderung der Sache selbst, aber blos persönlich gegen den Schenknehmer. Denn ein solcher Vertrag kann nichts weiter als ein Obligationsverhältniß begründen.

Noch haben wir hier aber in Zusammenhang mit diesem Verbote mehrere Fragen zu erörtern, von denen die erste, soweit bekannt, noch keine besondere Beantwortung gefunden, die zweite desto mehr, nemlich über die Wirkungen eines Verpfändungsverbots, wenn keine bestimmte Person da ist, welche die Folgen desselben geltend machen könnte, und wer zu diesen überhaupt zu rechnen sei; und: ob Andere als

---

1) Er müßte denn Rechtsnachfolger und Erbe des Veräußernden geworden sein.

2) s. *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 270. Glück a. a. O.

3) Lauk S. 11 f.

4) s. Anm. 1) zu S. 76.

5) Fritz S. 283. nach Wening und Thibaut.

6) Fritz S. 286.

der Eigenthümer bei der Eigenthumsübertragung einen solchen Vertrag eingehen können? —

Soviel die erste angeht, so kann bei richterlichen und vertragsmäßigen Verboten Ungewißheit der Person nicht Statt finden, so lange das Verbot mit Wirkung besteht; bei vertragsmäßigen namentlich würde außer Dem, welcher das Verbot stellte und das darauf gegründete Recht erwarb, sein Erbe die betheiligte Person sein, welche die Klage auf das Interesse, oder eintretenden Falls die persönliche (Condiction) auf Rückgabe erwirbt. Mit dem gänzlichen Mangel einer solchen berechtigten Person muß natürlich die Wirkung der Obligation aufhören. — Für die letztwilligen Verbote muß im Wesentlichen dasselbe gelten. Soll nemlich hier das Verbot überhaupt kräftig sein, so muß es entweder in ein Fideicommiß gefaßt, oder in eine Bedingung für den Honorirten gekleidet sein, sonst würde es in die Kategorie der nuda praecepta (nach Fr. **114.** §. **14.** *d.*) fallen, welche ungültig sind [1]). — Das letztwillige Verbot wird daher eben-

---

1) s. Fr. 38. §. 4. *de Leg.* III. Fr. 93. pr. *eod.* dazu Westphal von Vermächtnissen §. 351. u. 363. (1. Theil.) Hierin kann uns auch nicht irre machen, daß Fr. 114. §. 14. nec caussam exprimunt — nisi persona invenitur etc., die Alternative einer Person, oder der Angabe eines Grundes zu erfodern scheint, wie auch die Glosse dazu wirklich annimmt. Die Angabe einer Ursache, entgegengesetzt bestimmten, d. h. hier fideicommissarisch berechtigten Personen, kann durchaus nicht als hinlänglicher Grund eines letztwilligen Veräußerungsverbotes betrachtet werden; denn daß eine solche Person vorhanden sei, erfodern die allgemeinen Grundsätze der letztwilligen Verfügungen, und also ist an keinen Gegensatz zu denken; da ferner auf den Grund, d. h. die Beschaffenheit der Ursache nichts ankommt, wie von letztwilligen Verfügungen hinlänglich bekannt ist, so kann auch auf das Vorhandensein seiner Angabe nichts ankommen; äußersten Falls liefe es wenigstens auf etwas vor der Vernunft gar nicht zu Rechtfertigendes hinaus. Was heißt also hier caussa? — Gewiß nichts Anderes, als was nachher in dem Gegensatz von Quodsi an u. s. w. gebracht wird, nemlich die Absicht, daß der fragliche vererbte oder vermachte Gegenstand stets bei der Person des Honorirten, oder bei seiner Familie, oder mit einem Worte bei gewissen Personen bleibe, worin also, ohne sie ausdrücklich zu nennen, durch die Natur des angegebenen Grundes selbst auf bestimmte Berechtigte hingedeutet wird, oder ein Fideicommiß liegt. Dahin gehört namentlich das bei solchen Verboten fast stehend vorkommende Beispiel: ne de familia mea exeat, ne de nomine meorum, oder familiae, exeat, ut in familia relinquat etc., (dieses Beispiel folgt unmittelbar in §. 15. hinterher), m. s. darüber *Cujac.* Comment. ad Cervid. Scaevol. Opp. T. VI. p. 743. Besonders

falls mit der völligen Ungewißheit der Person des eventualiter Honorirten, d. h. dessen, welchem aus der Uebertretung des Verbotes ein Recht erwächst, wirkungslos [1]).

---

lehrreich hierüber ist Fr. 38. de Leg. III. (ID. 19. *Dig.*), welches seinem ganzen Inhalte nach hieher gehört. Der Anfang hat den Fall, daß ein Vater seinem Sohne als Erben die Verpfändung von Landgütern verboten, und sie conservari liberis et ceteris cognatis fideicommiserat. Hier soll das Fideicommiß dann nicht verfallen, wenn der Sohn einen alten Hypothekgläubiger vom Vater her mit dem Gelde eines neuen befriedigt, und letzterm dieselbe Hypothek einräumt. Für §. 1., wo die Veräußerung zwei honorirten Freigelassenen verboten ist, fundum Cornelianum de nomine meorum exire veto, deren einer seinen Antheil seiner Freigelassenen Arescusa überließ, und auf die Frage: ob die übrigen conliberti des Honorirten diesen Theil ansprechen könnten, geantwortet wird: non contineri, ist hinzuzudenken: sc. Arescusam nomine meorum. (Im deutschen Corpus Juris ist diese Stelle falsch übersetzt, und contineri auf das Verbot bezogen, was mir als Redacteur des 32. Buchs entgangen ist.) §. 2. „Eine Mutter setzt ihre Tochter zur Erbin ein und befiehlt: veto autem aedificium de nomine meo exire, sed ad vernas meos, quos hoc testamento nominavi, venire volo. Fällt das ganze Haus nach der Erbin und der übrigen Vernarum Tode an den letzten überlebenden? — Nein, nur sein Kopftheil bleibt ihm." — Für diese Entscheidung ist das Wahrscheinlichste, daß damals das Anwachsungsrecht bei Fideicommissen noch nicht üblich gewesen, s. Westphal von Vermächtnissen §. 1044. (Th. II. S. 714.), denn ein Familienfideicommiß war nicht vorhanden, also konnte es nur auf Anwachsen ankommen. §. 3. behandelt den Fall des Verbots für die Lebenszeit des Honorirten, wodurch die Verfügung auf den Todesfall unbeschränkt bleibt. §. 4. enthält den Fall eines nudi praecepti, domum majorum non pignorandi, wo die Intestaterbin als betheiligt am eventuellen Fideicommiß in Frage kommt, die aber wegen fehlender caussa oder persona verneint wird. §§. 5. 6. enthalten bestimmte fideicommissarisch berechtigte Personen. §. 7. „Eine Mutter hat ihren Söhnen als Erben gebeten, praedia — nulla ex caussa abalienarent, sed conservent successioni suae, deque ea re invicem sibi caveant. Liegt hierin ein Fideicommiß der praedia? — nihil de fdcisso proponi." Diese Stelle hat mannigfaltige Auslegung gefunden. Die Glosse bemerkt zu den letzten Worten: sc. quoad verba, secus ex mente. Es ist nicht unmöglich, daß der Ausdruck successioni suae als zu unbestimmt betrachtet ward, s. Westphal von Vermächtnissen §. 364. (S. 298. Th. I.) wahrscheinlicher, daß die Frage des Fideicommisses nur auf die Brüder zu beziehen ist, und danach also nicht sie, sondern nur ihre Kinder in solchem Verhältniß stehend zu betrachten seien. (*Langenbeck* Annot. c. 16. in Thes. Otton. T. I. p. 557.) — Ferner gehört hieher Fr. 69. §. 3. *de Legat.* II. — Fratre herede instituto petiit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur. Wenn der Erbe dem nicht Folge leistet, so sollen alle zur Familie gehörige Personen das Fideicommiß in Anspruch nehmen dürfen, und zwar so, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus — si paratus sit cavere, se familiae domum restituturum. Vgl. noch Fr. 77. §. 27. *eod.*

1) Wening a. a. O. Th. III. S. 214.

Es versteht sich endlich von selbst, daß Alles dieses auch dann zur Anwendung komme, wenn die Veräußerung oder Verpfändung nicht überhaupt, sondern an eine bestimmte Person, binnen bestimmter Zeit u.s.w. verboten ist.

Die zweite Frage stehen wir aber nicht an, mit einer einzigen Ausnahme zu verneinen. Man wird zwar jetzt wohl die Rechtsbeständigkeit eines vertragsmäßigen Veräußerungs- oder Verpfändungsverbotes zwischen dem Eigenthümer und einem Andern, wenn auch dabei persönlich betheiligten [1]), so ziemlich als allgemein verworfen betrachten dürfen, dagegen aber scheint die Meinung eben so allgemein angenommen zu sein, daß s. g. dinglich Berechtigte einen solchen Vertrag mit dem Eigenthümer eingehen können. Wir haben wiederholt erklärt, daß der Begriff: dingliches Recht, dinglich berechtigt u.s.w., dem römischen Rechte fremd sei; demnach kommt hier keine Classe von Rechten, sondern nur bestimmte einzelne in Betracht; verstanden werden können aber nur die Dienstbarkeitsberechtigten. Da nun deren Recht an der Sache des Eigenthümers unmittelbar besteht, und sie gar nichts von einer Veräußerung zu besorgen, sondern, soweit die Sachen bewegliche sind (Nießbrauch), sogar in der Regel deren Besitz haben, so sind sie offenbar so wenig interessirt, wie die, welche kein solches Recht gleich ihnen haben. Dazu kommt das Schweigen der Gesetze über den Fall eines solchen Vertrages mit solchergestalt Berechtigten, während sie denselben für den Pfandgläubiger zulassen, und das allgemeine Gebot: nemo paciscendo efficere potest, ne vicino invito praedium alienet [2]). — Die einzige [3]) Ausnahme bildet sonach der Pfandgläubiger [4]), dieser soll mit

---

1) Fritz a. a. O. S. 282. — Aeußersten Falls wird auch von denen, die das Gegentheil wollen, nur eine persönliche Obligation (Klage auf Interesse) angenommen.

2) Fr. 61. *de Pactis.* (POMP. 9. *ad Sab.*) Glück XVI. S. 54 ff.

3) Der Fall, daß für eine künftige Veräußerung eine Conventionalstrafe bestimmt wird, ein Vertrag, den freilich Jeder eingehen kann, gehört gar nicht hieher, denn dann ist diese ja der Hauptgegenstand des Vertrags, und die Veräußerung nur Bedingung.

4) Fr. 7. §. 2. *de Distract. pignor.* — Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit; et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita: ideoque veniri possit? et

dem Verpfänder den Vertrag eingehen können, daß keine Veräußerung Statt finden dürfe, und die geschehene soll nichtig sein, ut pactioni stetur [1]); dieses Recht verhält sich zum Eigenthum allerdings ganz anders, als die Dienstbarkeiten, und es ist außerdem auch ein triftiger Grund vorhanden, wonach es dem Gläubiger von bedeutendem Interesse sein muß, ob der Verpfänder oder ein Anderer Eigenthümer des Pfandes sei. Denn das Pfandrecht kann die Aufhebung, die Entziehung des Eigenthums zur Folge haben, begründet die Klage auf Abtretung des Besitzes, und ist somit bei allen dasselbe, ja sogar den Besitz betreffenden Ereignissen wesentlich zu berücksichtigen und interessirt; sodann aber ist der Unterschied des Beweises gegen Dritte, auch wenn sie ihr Recht vom Verpfänder ableiten (s. §. 59.) [2]), offenbar hinreichend, das Halten an einem solchen Vertrage als von entschiedenem Vortheil hinzustellen. Für gleichgültig hingegen ist es zu achten, wenn in der betreffenden Stelle ausdrücklich des pacti *de non vendendo* Erwähnung geschieht; denn jede andere Art der Eigenthumsübertragung ist von gleichen Folgen, und selbst das bloße zweite Verpfänden kann dem ersten Gläubiger von Interesse sein, z. B. um nicht durch das Angebot einer guten Hypothek für ein großes Capital verlustig zu gehen. — Endlich scheint es hier auch gleichgültig [3]), ob die Nichtigkeit der Veräußerung nur für den Pfandgläubiger vorhanden oder absolut sei, wenn schon der Ausdruck: nullam esse venditionem, zu keiner Beschränkung berechtigen mögte. Denn wenn der Pfandgläubiger die Veräuße-

---

certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur. (MARC.)

1) Es ist bekannt, wie viel an diesen Worten herumkritisirt, interpretirt und conjecturirt worden ist; die neuesten Versuche einer Aenderung (nullam esse *pactionem* ut venditioni stetur) s. bei Büchel, Verpfändung der Jura in re, S. 17. 1.). Dieselbe hat schon Glück Bd. XVI. S. 56 ff. widerlegt. An Grund dazu mangelt es in der That ganz und gar; wenn man ut für ita ut nimmt, wie öfters vorkommt (auch bei Classikern), so ist alle Schwierigkeit gehoben. Et certum est ist eine sehr häufige Redewendung in diesem Zusammenhange, und Büchels Erinnerungen dagegen ohne allen Belang.

2) Weshalb Westphal a. a. O. S. 438. (im Nachtrag) nicht ganz Recht hat.

3) Fritz S. 286. legt hingegen großes Gewicht hierauf, was nur in Betreff des allgemeinen Contractsverhältnisses der Fall sein könnte.

rung nicht anzuerkennen braucht, so erlangt er Alles, wessen er bedarf; und was die Verhältnisse Dritter aus einem solchen Vertragsverhältniß betrifft, geht ihn ja nicht an. — Noch möge daran erinnert werden, daß für bewegliche Pfänder das Verbot gesetzlich feststeht; über dessen Folgen s. §. 58.

Mehrere Arten von Sachen, welche zuweilen zu den in diesem Paragraphen behandelten gezählt werden, gehören richtiger zu den in §. 16. besprochenen. (S. auch noch §. 50. a. E.)

§. 15.

Von dem Verhältniß der bisher behandelten Sachen zu nothwendigen Pfandrechten.

Bei den bisher vorgetragenen Grundsätzen über der Verpfändung unfähige Sachen ist die von dem Willen der Contrahenten abhängige im Auge behalten worden; anders gestalten sich aber die Verhältnisse für das nothwendige Pfandrecht. Es läßt sich jedoch keine allgemeine Regel aufstellen, sondern die vorher gedachten verschiedenen Arten von Sachen müssen einzeln berücksichtigt werden, wenn schon sich ergeben wird, daß wenigstens die §. 14. behandelten Sachen alle dem nothwendigen Pfandrecht unterliegen.

Danach können nun die in §. 13. behandelten Sachen vom nothwendigen Pfandrechte nach römischem Rechte gar nicht ergriffen werden, weil sie nicht in bonis von Privaten sein können; mit den Kirchengütern ist dies heutzutage anders, insofern hier die Möglichkeit der Entstehung eines nothwendigen Pfandrechts überhaupt und der Anwendung seines Begriffs vorhanden ist, wird auch ein nothwendiges Pfandrecht daran entstehen können, wenn gleich dies selten der Fall sein mögte. Unbedenklich ferner muß die Entstehung nothwendiger Pfandrechte an den §. 14. unter II. erwähnten Sachen behauptet werden, d. h. an denen, deren Veräußerung letztwillig oder vertragsmäßig verboten ist. Denn durch ein solches Verbot wird der Sache weit weniger ein bestimmter Character beigelegt, als dem Eigenthümer ein Theil der Verfügungsfähigkeit entzogen, oder an ihre Aus-

übung bestimmte Folgen geknüpft, mithin durch das Gesetz, welches den Eigenthümern, oder in gewissen Fällen auch Andern, überhaupt ein solches Verbot gestattet, die gesetzliche Anerkennung eines nothwendigen Pfandrechts keineswegs ausgeschlossen. Es würde sonst dem Willen der Privaten in die gesetzlichen Bestimmungen weiter einzugreifen erlaubt, als zulässig ist, denn es würden dann fremde in Widerspruch kommende allgemeinere Interessen gefährdet werden, und die Befugniß zu einem solchen Verbote ein gesetzlich bestätigtes Mittel bieten, Betrügereien und Verkürzungen zu befördern.

Soviel ferner die streitigen Sachen angeht, müssen die nothwendigen Pfandrechte, welche eine bestimmte Person als Eigenthümer voraussetzen, oder die auf einem Hauptobligationsverhältniß mit einer bestimmten Person beruhen, — also die meisten, — von denen, welche abgesehen von der Person des Besitzers und dessen Verhältniß zur Sache, lediglich in Rücksicht auf diese Statt finden, unterschieden werden. Für die ersteren hängt das Pfandrecht von der Entscheidung für oder wider den Pfandschuldner ab, doch können sie, wenn sie als Eigenthum desselben bestätigt werden, nicht erst von dann an dem nothwendigen Pfandrecht unterworfen betrachtet werden, sondern für den Anfang müssen beim Mangel einer dazu berechtigenden gesetzlichen Andeutung oder Analogie die gewöhnlichen Grundsätze, also nach Gelegenheit auch die von rebus debitis, gelten. Wird freilich wider den Pfandschuldner erkannt, so hat ein Pfandrecht niemals daran bestanden. Anders ist es mit den nothwendigen Pfandrechten der letztern Art, weil die Hauptverpflichtung von Jedem anerkannt werden muß, es möge obsiegen wer da wolle, und jenes über den Streit erhaben ist. Hierher gehört von den gesetzlichen Pfandrechten: **1)** das des Verpächters an den Früchten eines Grundstücks, welche Streitgegenstand zwischen dem Pächter und einem Dritten sind; **2)** das der Vermächtnisse oder Fideicommisse an der Nachlaßmasse, wenn über diese Streit ist; **3)** das des Fiskus wegen der öffentlichen Abgaben; **4)** das der Kirchen an den Emphyteusen, wenn über diese zwischen Mehreren Streit obwaltet. — Im Grunde kann für diese Pfandrechte hier der Begriff einer strei=

tigen Sache gar nicht aufgestellt werden, weil der Streit stets jünger ist, als das Pfandrecht.

An den §. 14. unter B. gestellten Grundstücken dürfte kein Grund vorhanden sein, diejenigen nothwendigen Pfandrechte, welche überhaupt daran entstehen können, wohin aber nur das für ein Darlehn zur Wiederherstellung eines Gebäudes zu rechnen sein möchte, auszuschließen. Es könnte sonst leicht der Frau, auf deren Bestes das Verpfändungsverbot doch berechnet ist, dasselbe zum offenbaren Nachtheil gereichen.

Endlich die richterlichen Veräußerungsverbote; diese können auf die Entstehung nothwendiger Pfandrechte gar keinen Einfluß ausüben, weil der Richter die Wirkung des Gesetzes nicht ausschließen kann.

Noch ist hier eine Ausnahme bestimmter Sachen von einer Art des nothwendigen Pfandrechts zu erwähnen; es können nemlich die nöthigen Ackerbaugeräthe der Landleute vom richterlichen Pfandrechte nicht ergriffen werden [1]). Ursprünglich bezog sich diese Verordnung nur auf die kaiserlichen Foderungen; allein es mögte wohl um so mehr zu verstehen sein, daß es in Ansehung derer von Privaten ebenso gehalten werden solle, und die Authentike Agricultores des Kaisers Friedrich weist überhaupt alle Beschränkung in der Person des Gläubigers zurück. Dagegen können sie ebensowohl ausdrücklich verpfändet [2]), als dann abgepfändet werden, wenn der Landmann seines Gutes entsetzt wird, oder kein anderer Hülfsgegenstand da ist [4]). Daß endlich mit dem ganzen Landgute die Ackergeräthe als Zubehör verpfändet werden, versteht sich ohne Zweifel von selbst [4]). —

---

1) C. 7. 8. *Quae res pignori* etc. — Exsecutores a quocunque judice dati ad exigenda debita ea, quae civiliter poscuntur, servos aratores aut boves aratores aut instrumentum aratorium pignoris caussa de possessionibus non abstrahent, ex quo tributorum illatio retardatur. — 8. — Pignorum gratia aliquid, quod ad culturam agri pertinet, auferri non convenit. — *Nova Const. Friderici Imp. de statu lib.* etc. §. *agricult.* — Agricultores circa rem rusticam occupati — securi sint — ita ut nullus tam audax sit, ut personas, boves, et agrorum instrumenta, aut si quid aliud sit, quod ad agrorum operam rusticam pertineat, invadere aut capere — praesumat etc.

2) Glück XIX. S. 215.

3) Westphal §. 50. Anm. 69 c.

4) Es spricht dafür auch die Analogie von Fr. 32. *de Pignoribus.*

Diese Beschränkung des richterlichen Pfandrechts wird jetzt auf alle zum Leben nothwendige Sachen, z. B. Handwerkszeug, ausgedehnt [1]).

§. 16.

Von der Verpfändung fremder Sachen.

Von fremden Sachen, d. h. solchen, die nicht zu des Verpfänders Vermögen gehören, gilt die Regel, daß sie im Allgemeinen Niemand verpfänden [2]) kann, und die Handlung nichtig ist [3]). An künftigen Sachen hingegen (s. §. **19.**), d. h. für den Augenblick fremden, von denen aber die Contrahenten voraussetzen, daß sie dem Verpfänder werden gehörig werden, ist die Bestellung eines allgemeinen Pfandrechts zulässig; die eines besondern aber nur, wenn es unter der Bedingung eingeräumt worden, daß der Ver-

1) Valett a. a. O. §. 326. Nr. 3.

2) Fr. 2. *de P. A.* — Si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit, tuque ei nummos credidisti, quos ille solvit ei creditori, cui pignus dederat, tibique cum eo convenit, ut ea res, quam jam vendiderat, pignori tibi esset, nihil te egisse constat, quia rem alienam pignori acceperis, ea enim ratione emtorem pignus liberatum habere coepisse, neque ad rem pertinuisse, quod tua pecunia pignus sit liberatum. (POMP. 6. *ad Sab.*) — C. 2. *Si aliena res pignori.* — Si probaveris praedia vel hortos, de quibus agebatur, tuos esse, intelligis, obligari eos creditori ab alio non potuisse, si non sciens, hoc agi, in fraudem creditoris ignorantis dissimulasti. Vgl. noch C. 4. 6. *eod.* — quum Serviana actio declaret evidenter, jure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerint etc. 8. *eod.* — Nexum non facit praediorum nisi persona quae jure potuit obligare. — Fr. 15. §. 1. *de Pignoribus.* C. ult. *de Pactis* i. f. Fr. 23. *de Probationibus.* — Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecaeve sit, sed etsi hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore quo convenit de pignore, aut cujus voluntate hypotheca data sit. (MARC. *l. l.*)

3) Man könnte zwar diese ganze Materie, als zu der Verfügungsfähigkeit des Verpfänders gehörig, zu §. 26. gezogen wissen wollen, allein das hätte dann mit allen Arten von Sachen überhaupt geschehen müssen, die bei den Verpfändungen als solche in Betracht fallen, und es waren diese also der bessern Uebersicht wegen zu theilen. — Zum Ueberfluß bemerke ich hier in Bezug auf Glück XIV. S. 23. (67.), daß in diesem §., wie überall in diesem Buche, Verpfänden auch die Hypothek begreift, mithin das Gültigwerden des Pfandrechts an fremden Sachen, auch das aus den Hypotheken, betrifft. — Vgl. *Donell.* l. l. p. 476.

pfänder an der einzelnen Sache das Eigenthum erwerben werde [1]). — Dennoch kann ein an einer fremden Sache bestelltes Pfandrecht unter gewissen Bedingungen Gültigkeit erlangen; hieher gehören folgende Fälle:

1) wenn der Eigenthümer entweder gleich zu Anfang der Verpfändung dazu einwilligt [2]), oder es nachher genehmigt [3]); beides kann auch stillschweigend geschehen [4]);

2) wenn der Eigenthümer wissentlich, daß seine Sache von einem Andern verpfändet ward, es zum Betruge des Gläubigers hat geschehen lassen [5]);

3) wenn der Verpfänder Eigenthümer der verpfändeten fremden Sache geworden ist; doch sind dann mehrfache Unterscheidungen nöthig. Ehe wir diese erörtern, haben wir

---

1) So ist: Fr. 16. §. 7. *de Pignoribus.* — Aliena res utiliter potest obligari sub conditione, si debitoris facta sit, (MARC. *l. l.*) zu verstehen, dessen Mißverständniß dahin, daß man die Bedingung, si debitoris facta fuerit, in der Regel bei Verpfändung jeder fremden Sache stillschweigend finden wollte, viel Irrung veranlaßt hat, während sie gar keine eigentliche Bedingung, sondern nur Ersatzmittel für ein wesentliches Erfoderniß des Pfandrechts ist; darum kann auch dasselbe daran erst nach Eintritt der s. g. Bedingung anfangen. S. u. §. 44. 3. B. §. 19. zu Anfang und §. 22. vgl. Gesterding a. a. O. S. 84 f.

2) Fr. 20. pr. *de P. A.* — Aliena res pignori dari voluntate domini potest. Sed etsi ignorante eo data sit, et ratum habuerit, pignus valebit. (PAUL. 29. *ad Ed.*)

3) Fr. 16. §. 1. *de Pignoribus et hypoth.* — Si nesciente domino res ejus hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit. Voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt. (MARC.) Hieher gehört auch: C. 7. *Si aliena res pignori.* — Si in rem suam accepta pecunia mutua tutor mancipium tuum pignori dedit, nec huic post perfectam aetatem consensum accommodasti, pignori res obligari non potuit. (*Diocl.*)

4) Fr. 26. §. 1. *de Pignoribus.* — Pater Sejo emancipato filio facile persuasit, ut, quia mutuam pecuniam acciperet a Septicio creditore, chirographum perscriberet sua manu filius ejus, quod ipse impeditus esset scribere, sub commemoratione domus ad filium pertinentis pignori dandae. Quaerebatur an Sejus inter cetera bona etiam hanc domum jure optimo possidere possit, cum patris se hereditate abstinuerit, nec metuiri ex hoc solo, quod mandante patre manu sua perscripsit instrumentum chirographi, cum neque consensum suum accommodaverat patri, aut signo, aut alia scriptura? Modestinus respondit, cum sua manu pignori domum suam futuram Sejus scripserat, consensum ei obligationi dedisse manifestum est. (MOD. 4. *resp.*) Fr. 5. §. 2. *In quib. cssis pignus* etc.

5) C. 2. *Si aliena res pignori.* S. 83. Anm. 2.

uns mit den beiden verschiedenen Theorieen von Mayer und Müller zu beschäftigen, welche neuerlich über die rechtliche Erklärung der Anerkennung eines Pfandrechts in diesem Fall einander entgegengetreten sind [1]). Der erstere ist der Ansicht, daß, wenn der Nichteigenthümer verpfändet, und nachher das Eigenthum am Pfande erlangt habe, zwar eigentlich kein Pfandrecht, doch aber eine dingliche Klage entstehe, welche der Gläubiger auf dem Wege der in der anerkannten Billigkeit gegründeten Replik der Arglist gegen die ihm entgegengesetzte Einrede, daß dem Verpfänder die Sache nicht gehört habe, durchsetzen könne. Fodere umgekehrt der Verpfänder nunmehr das Pfand vom besitzenden Gläubiger, so könne dieser sich der Replik der Arglist als Einrede bedienen. Die Erklärung aus diesem Gesichtspunkt rechtfertige sich dadurch, weil die Gesetze sagen, daß das Pfandrecht in diesen Fällen nicht direct gültig werde [2]); der Gegensatz darin von directo convalescere und utilis pigneraticia bezeichne aber etwas Anderes, als den gewöhnlichen Unterschied zwischen Actio directa und utilis. Denn selbst da, wo das Pfandrecht vom Anfang an vollgültig sei, stehe dem Gläubiger gewöhnlich nur eine utilis Serviana zu. Dem Gläubiger werde also in dem vorliegenden Falle nur die ordentliche Klage abgesprochen, d. h. die, welche, wenn dem Verpfänder die Sache gleich Anfangs gehört habe, auch nur die utilis Serviana gewesen sein würde. Nur aus Billigkeit soll ihm eine dieser ähnliche gegeben werden. Die Billigkeit werde dem strengen Rechte entgegengesetzt und als Grundlage dessen angesehen, was dasselbe aufhebt, der Einrede. Durch diese könne der Pfandgläubiger jene aus Billigkeit gegebene Klage

---

1) Die erste von Mayer im Archiv für civil. Praxis Bd. IX. S. 246 ff. und die zweite von Müller ebend. Bd. XI. S. 392 ff.

2) Fr. 22. *de Pignoribus.* — Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres exstitero, ex postfacto pignus quidem directo non convalescit, sed utilis pigneraticia dabitur creditori. — (MOD.) C. 5 *Si aliena res* etc. — Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo postea in bonis ejus esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est; sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoraticiae detur. (*Diocl.*)

durchsetzen, und da die Einrede der Arglist es gerade sei, welche überall Platz ergreife, wo eine Rechtsverfolgung der Billigkeit widerspreche, so geschehe es durch diese Einrede. Die pignoris persecutio in C. 5. *d.* sei also nichts Anderes, als eine Verfolgung der Sache, welche mittelst dieser Einrede wirksam werde [1]).

Dagegen hat Müller vor allem erinnert, daß eine Pfandklage ohne Pfandrecht nicht denkbar sei, womit wir natürlich unserer Theorie von der Natur des Pfandrechts gemäß völlig einverstanden sind. Nach einigen ferneren Vorbemerkungen über das Verhältniß der quasi Serviana actio zur Serviana utilis, daß nemlich letztere zur erstern in einem solchen stehe, wie die pigneraticia utilis zur pigneraticia actio, und daß unter pignoris persecutio utilis nichts Anderes, als die erstere, die pigneraticia utilis, verstanden werden könne [2]), thut er die Unhaltbarkeit der Mayerschen Theorie von der Gestaltung des Proceßganges zwischen Gläubiger und Schuldner damit dar, daß die Einrede: si res non aliena fuerit, gar keine Einrede, sondern ein Leugnen des Klagegrundes sei. Demnächst versucht er in der Fortbildung des Pfandrechts überhaupt den allmähligen Einfluß der Billigkeit auf die Ausdehnung der Servianischen Klage als vorherrschendes Princip hinzustellen. — Hiergegen wird kein Bedenken begründet werden können [3]). Gehen wir daher zu den einzelnen Unterscheidungen über, welche von dem wesentlichsten Einfluß auf den Umfang des Rechts des Gläubigers sind.

A. Hat der Verpfänder ein Recht auf die Sache vermöge eines zwischen ihm und deren jetzigem Eigenthümer bestehenden Obligationsverhältnisses, so entsteht für den Gläubiger ein wirkliches Pfandrecht daran, sobald sie dem Verpfänder gehörig geworden, mit rückwirkender Kraft. (S. u. §. 44.) Es ist dann mit andern Worten Res debita verpfändet,

---

1) Ueber diese Theorie vergl. man Tübinger kritische Zeitschrift Bd. II. S. 65.

2) s. darüber unsere Ansicht unten §. 59.

3) Anders ist es mit der Müllerschen geschichtlichen Erklärung der nachher vorkommenden Gesetzstellen, wie wir bei diesen besonders gedenken werden.

wobei es einerlei ist, ob der Gläubiger um dieses Verhältniß gewußt habe, oder nicht [1]). Da nun in diesem Fall das Nomen, die Foderung, mitverpfändet wird, deren Gegenstand die res debita ist, so stehen auch die rechtlichen Folgen der Verpfändung einander gleich, und daher kann nur eine analoge (utilis) hypothekarische Klage Statt haben [2]). Hiervon das Weitere bei der Verpfändung der Foderungsrechte §. **22**.

B. Hat der Verpfänder kein Recht auf die Sache gehabt, und ist also der einfache Fall der Verpfändung einer fremden Sache vorhanden gewesen, so kommt es bei der nachmaligen Erwerbung des Eigenthums auf Seiten des Verpfänders darauf an, ob der Gläubiger gewußt, daß ihm eine fremde Sache verpfändet werde, oder nicht. Im ersten Fall ist gar kein Pfandrecht begründet, sondern der etwa Statt findende Besitz kann nur ein Innebehaltungsrecht hervorbringen [3]); im letztern Fall hingegen tritt ein Pfandrecht und eine utilis persecutio exemplo pigneraticiae, jedoch nur so lange ein, als die Sache bei dem nunmehrigen Eigenthümer bleibt, es wäre denn, daß der neue Eigenthümer von der Verpfändung gewußt hätte.

Unter dieses Resultat ordnen sich alle Quellenzeugnisse ungezwungen, und ohne daß man zu einer Erklärung derselben getrieben wird, welche, anstatt sie in dogmatischem Zusammenhange darzustellen, sich damit begnügen muß, sie geschichtlich an einander zu reihen. Es kommen nemlich folgende in Betracht:

---

1) Fr. 3. §. 1. *Qui potiores.* — Cum ex caussa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit; post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit. prioris caussam esse potiorem apparuit, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset, verum in ea quantitate, quam solvisset, ejusque usuris, potiorem fore constaret, nisi forte prior ei pecuniam offerat; quodsi debitor aliunde pecuniam ei solvisset, priorem praeferendum. (PAP. 11. *resp.*) Vgl. Fr. 1. pr. *de Pignoribus* respective per argum. e contrario, Hepp im Archiv Band XIII. S. 363. *Huschke* de nominis pignore p. 21.

2) s. meine pfandrechtliche Streitfragen S. 16.

3) vgl. *Donell.* l. l. p. 484.

1. Fr. 1. pr. *de Pignoribus.* — Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita: postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio datur, sed facilior erit possidenti retentio. (PAP. 11. *resp.*)

Difficilis und facilis stehen hier als einfach bejahend und verneinend einander entgegen [1]), und durchaus irrig wird danach dem Papinian ein Zweifel beigemessen [2]), als habe er, dem gerade diese Redeweise eigenthümlich ist [3]), darin etwas noch nicht bestimmt auszusprechen gewagt, was die spätere Zeit erst zur Gewißheit erhoben habe [4]). — Selbst das Innebehaltungsrecht aber macht Büchel [5]) hier von besondern hinzuzudenkenden Gründen wegen Fr. 25. *de Pignoribus* (s. o. S. 41.) abhängig; diese sollen in einer Ernstlichkeit der Absicht des Gläubigers bestehen. Da doch aber der Mangel derselben so wenig jemals bei Rechtsgeschäften vermuthet wird, als eine Untersuchung darüber hier ganz unstatthaft ist, so kann dieser Grund nur als willkührlich bezeichnet werden, mithin auch die darauf gebauete Beschränkung. Diese hat übrigens keinen andern Ursprung, als die beabsichtigte Beseitigung des vorausgesetzten Widerspruchs in Fr. 25. *d.*, allein es ist nicht nur nicht abzusehen, wie dieser, wenn er vorhanden wäre, durch die Ernstlichkeit einer Absicht beseitigt zu werden vermögte, sondern er ist auch in der That nicht vorhanden. Denn Fr. 25. enthält eine allgemeine Regel von dem Innebehaltungsrecht bei Nichtigkeit der Pfandverträge; begreiflich kann es von dieser Ausnahmen und Fälle geben, wo eine Erläuterung derselben nöthig

---

1) s. *Brisson.* de Verbor. signific. hh. vv. Glück VII. S. 560 (83.) und XIV. S. 30. *Donell.* l. l. p. 479.

2) von Müller S. 398. a. a. O.

3) Hepp a. a. O. S. 364.

4) Ganz verfehlt aber ist es, Fr. 41. i. f. *de P. A.* zu dem Satz anzuführen, daß dem wissenden Gläubiger ein Pfandrecht an fremder Sache nicht convalescire, wie Gesterding S. 103. meint; s. über jenes Bruchstück nachher oben.

5) Natur des Pfandrechts S. 14. (30).

wird, und nichts Anderes ist die von einer speciellen Beziehung übrigens ganz klar redende Stelle Papinians [1]); ganz ebenso verhält es sich ja z. B. mit der Regel: ein Geschäft, das von Anfang ungültig gewesen, kann mit der Zeit nicht gültig werden, in Anwendung auf Fr. **41**. *de P. A.* und Fr. **22**. *de Pignoribus*, wie wären denn auch diese Stellen mit Fr. **25**. *d.* zu vereinigen, wenn dieses einen Widerspruch gegen Fr. **1**. pr. *d.* enthielte? — Die Regel von der Begründung einer analogen Klage bestätigen ferner:

2. Fr. **41**. *de P. A.* — Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei ejus esse coepisti: datur utilis actio pigneraticia creditori; *cet.* (PAUL. **3**. *quaest.*)

3. C. **5**. *Si aliena res* etc. (S. **85**. Anm. **2**.)

Diese Stellen sprechen allgemein; es ist daher der Fall der Wissenschaft des Gläubigers nicht als darunter begriffen zu verstehen, weil die Natur der Verhältnisse ihn als Ausnahme, als etwas Besonderes, den der Nichtwissenschaft hingegen als den der Regel erscheinen läßt. Dafür, daß dem, der wissentlich eine fremde Sache als Pfand angenommen, die hypothekarische analoge Klage zustehen, m. a. W. wirklich ein Pfandrecht gewonnen werden könne, ist nicht der geringste Grund anzuführen [2]).

4. Fr. **9**. §. **3**. *Qui potiores* etc. — Titia praedium alienum Titio pignori dedit: post Maevio: deinde domina ejus pignoris facta, marito suo in dotem aestimatum dedit; si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat: tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem maritus emtoris loco est, atque ideo, quia neque tunc cum Mae-

---

1) Ebenso ist es ja mit derselben in Bezug auf die gleich nachher folgenden Fr. 41. *de P. A.* und C. 5. *Si aliena res.*

2) Müller hat darin übrigens, daß er den Unterschied des Wissens und Nichtwissens nicht beobachtet, schon Vorgänger, z. B. *Voet* Comment. ad Pand. XX. 3. 4. s. dagegen *Donell.* p. 481.

vio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit: haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, i. e. si ignoravit Maevio obligatum esse. (AFR. 8. *quaest.* [1])

Diese Stelle ist vielfach ausgelegt worden, aber fast ebenso oft falsch [2]); die von Mayer zuerst, wenn auch zu ganz anderm Gebrauch gemachte Bemerkung, daß für den Gläubiger hiernach der Zeitraum von Wichtigkeit sein solle, wo die ihm als fremde verpfändete Sache nachmals bei dem Verpfänder eigenthümlich erworben verbleibe, ist ohne Zweifel richtig [3]). Nach Müller soll zwar auch diese Stelle nur einen geschichtlichen Werth haben; allein abgesehen von dem Mangel allen Beweises dafür, und daß sich gar nicht begreifen läßt, zu welchem Zweck sie Aufnahme gefunden hätte, da sie geschichtlich nichts fördert noch etwas Anderes erklärt, geschweige gar nothwendig ist, so bleibt ja darin die Erwähnung eines bestimmten Zeitraums, innerhalb dessen das Pfandrecht mit Erfolg geltend gemacht werden kann, unverändert stehen. Der Sinn jener Stelle ist jedoch vielmehr von der Art, daß, ungeachtet Titius mit Mävius Gelde befriedigt worden, also dieses wenigstens zur Bezahlung einer Schuld verwendet, mithin eine Nutzverwendung geschehen sei, dennoch letzterer diese nur in der Zeit geltend machen könne, wo das Pfand in bonis der Verpfänderin war.

Außerdem wäre noch der Fall denkbar, daß der Verpfänder zwar nicht das Eigenthum des verpfändeten Gegenstandes, sondern dessen Besitz erlangt; allein hier müßte der Gläubiger wissentlich eine fremde Sache verfolgen, denn gu-

1) Außer diesen Stellen läßt sich noch C. 7. *de Pignoribus* anführen: Usucapio pignoris conventionem non extinguit (238.), welches sich auf alle Fälle beziehen läßt, wo der Verpfänder das bisher ihm noch nicht gehörige Pfand ersessen hat.

2) Westphal a. a. O. S. 250. kommt hier seiner Meinung nach sogar über Africanus, der ihm zufolge, „wider alle rechtliche Grundsätze anstoße, und ohne alle Entschuldigung gestrauchelt hat."

3) Auch Mühlenbruch hat sie fest angenommen, f. Doctr. Pand. §. 308. not. 9.).

ter Glaube desselben ist beim Wissen der Verhältnisse undenkbar [1]).

4. [2]) Ob ein an fremder Sache bestelltes Pfandrecht Gültigkeit erlange, wenn der Eigenthümer Erbe des Verpfänders wird, oder derselbe, falls dadurch gerade keine Bestätigung des Pfandrechts entstände, wenigstens durch eine analoge Klage in der Eigenschaft als Erbe zur bestätigenden Anerkennung genöthigt und die hypothekarische Klage oder Einrede — auch gegen Dritte — ertheilt werden müsse, darüber ist in Folge der beiden sich scheinbar widerstreitenden Stellen eine Meinungsverschiedenheit vorhanden; sie lauten so:

1. Fr. 41. *de P. A.* — Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei ejus esse coepisti. Datur utilis actio pigneraticia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate heres exstitero. Hoc enim modo pignoris persecutio non est concedenda. Neque utique sufficit ad competendam utilem actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex mendacio suo arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur. (PAUL. 3. *qu.*)
2. Fr. 22. *de Pignoribus.* — Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres exstitero, ex postfacto directo quidem non convalescit, sed utilis pignoraticia dabitur creditori. (MOD. 8. *Differ.*)

Diese Stellen sind von Aelteren und Neueren mannigfach erläutert worden, doch bisher ohne ein als genügend anerkanntes Resultat. Der an sich schon mißliche Versuch Mayers [3]), beide durch eine Conjecturalkritik zu vereinigen, wonach in der erstern, durch eingeschobene Fragezeichen und einige Aen-

1) s. Mayer a. a. O. S. 259.
2) Aus meinen pfandrechtlichen Streitfragen S. 99 ff.
3) a. a. O. S. 262.

derungen, die Mittelsätze von Non est bis exstitero, und von hoc (haec) bis debet, als negative Frage das darin Enthaltene bejahen, ist, abgesehen von dem mangelhaften Grund, solche Aenderungen ohne alle kritische Autorität zu rechtfertigen, wegen des nun entstehenden Widerspruchs des Schlußsatzes unzulässig, worin für einen andern Fall die Statthaftigkeit der Klage bejahet wird, und dessen Anfang Sed si bekanntermaßen einen Gegensatz zum Vorangehenden ausdrückt, mithin das Gegentheil, hier die Verneinung, welche sich auch wirklich darin findet, dem logischen Zusammenhange nach voraussetzt [1]). Außerdem ist dieser Versuch aufs Entschiedenste von Müller [2]) abgewiesen worden, der aber auch hier wieder, eben sowohl als Glück [3]), den von Cujacius [4]) vorgeschlagenen historischen Weg der Erklärung als den einzigen betrachtet, um mit Ehren aus der Sache zu kommen; danach müsse denn Modestins Bruchstück, als das neuere und mildere Recht enthaltend, den Vorzug erhalten. Allein es braucht kaum bemerkt zu werden, daß dies nur der äußerste und letzte Weg sein darf, da man auf ihm eigentlich jedem Widerspruch der Gesetze ausweichen kann. Denn getrennt in verschiedenen Büchern, wie sie sind, bliebe nichts übrig, als die Compilatoren der Pandecten einer Vernachlässigung zu zeihen; und wie wären Die zu überzeugen, welche dessen ungeachtet eine Antinomie behaupten? Der neueste Versuch einer Vereinigung ist von Büchel [5]): Paulus leugne nur, und zwar mit Recht, daß gegen den, den Verpfänder beerbt habenden, Eigenthümer die Pfandklage aus dem Grunde zulässig sei, aus welchem sie gegen den das Eigenthum später erwer-

1) Gesterding zieht die Schlußworte (a. a. O. S. 103.) zu dem Anfangssatz, ohne jedoch weiter einen Grund als Westphals alten Irrthum (a. a. O. §. 115. (137.) anzugeben; daraus erhellt aber, daß jene ganz mißverstanden worden sind. Der richtige Sinn ist der: daß, wenn nachmals der Erbe-Eigenthümer einen Vertrag über die Anerkennung des Pfandrechts abgeschlossen hat, er sich nun nicht weiter auf die frühern Verhältnisse berufen dürfe, weil er sich sonst einer Unredlichkeit schuldig mache. S. deutsches C. J. zu dieser Stelle, Anm. 63.

2) a. a. O. S. 401.

3) XIV. S. 32.

4) Obs. XIX. S. 26.

5) a. a. O. S. 15. (30.)

benden Verpfänder Statt finde, nemlich wegen seines dolus; das beweisen die Worte hoc enim modo etc. Modestinus dagegen lasse die Pfandklage gegen den Erben als Erben zu, da ja der Erbe die vom Erblasser vorgenommenen Verfügungen, selbst soweit sie eigene Gegenstände des Erben betrafen, anerkennen müsse. — Allein es frägt sich auch hiernach noch billig, wo nun eigentlich die Vereinigung liege? Wäre diese Erklärung richtig, so würde Paulus doch immer die Sache nur mangelhaft dargestellt haben, und ihn mit Recht der Vorwurf treffen, daß er bei seiner noch dazu ausführlichern Erörterung den richtigen Gesichtspunct durchaus verfehlt und nicht nur verschwiegen habe, denn er gestattet ja die Klage offenbar nur in einem Fall, und aus einem ganz andern Grunde, wie dem dem Modestin von Büchel untergeschobenen. Ferner kann doch der dolus nicht als Grund für die Pfandklage gedacht werden. Hoc enim modo heißt übrigens, wie sonst sehr oft, nichts weiter, als: in diesem Fall. Bei weitem wäre dieser Erklärung immer noch die von Donellus [1]) gegebene vorzuziehen, daß unter der utilis pignoraticia die *contraria* zu verstehen sei! — Allein dagegen spricht zweierlei ebenfalls entschieden; erstens ist der Gegensatz zwischen directo und utilis zu deutlich auf die Pfandklage, die hypothekarische, und die Gültigkeit des Pfandrechts selbst bezogen, als daß es sich in Abrede stellen läßt, und dann, — warum sollte denn die Pfandgegenklage eine *utilis* sein?

Es wird daher wohl auffallend genannt werden dürfen, wie man den mit zwei Worten in Fr. 22. *d.*, die ohnedies eigentlich gar nicht mit Sinn erklärt werden können, deutlich gebotenen Schlüssel hat verkennen mögen, und worauf schon Charondas [2]) aufmerksam gemacht hat, wonach beide Stellen im vollkommensten Einklang stehen. Fr. 41. *d.* erkennt am Schluß die Gültigkeit und Klagbarkeit eines solchen Pfandrechts in dem Fall an, daß der Erbe-Eigenthümer

---

2) l. l. p. 486.

3) Verisimil. s. *Πιϑανῶν* Lib. I. Cap. 20. (Thes. Ott. I. p. 731.) und neuerlich wieder Walch zu *Eckhardt* Hermeneut. jur. p. 41.

die Verpfändung seiner Sache durch nachherige Genehmigung gut geheißen habe; dies und nichts weiter bezeichnen nun die Worte ex postfacto [1]) in **Fr. 22.** *d.* auch, d. h. ein späteres Ereigniß überhaupt, worunter einzig und allein eine Thatsache verstanden werden kann, durch welche der Erbe seine Einwilligung nachträglich zu erkennen giebt. Hiernach gewinnt man also für den in Rede stehenden Fall der Beerbung des Verpfänders durch den Eigenthümer des ohne seine Einwilligung oder Wissen bestellten Pfandes eine feste Regel: die Verpfändung wird dessen ungeachtet nicht anders gültig, als wenn der Erbe dieselbe auf irgend eine Weise genehmigt. Auch dann ist aber dieses Gültigwerden nicht im Stande, die unmittelbare, sondern nur eine analoge Klage zu begründen, was mit dem Grundsatz, daß, was ursprünglich ungültig ist, niemals gültig werden könne, vermöge der Modification (s. S. **89.**) vereinbar ist, und mit der Verpfändung fremder Sachen überhaupt.

Es würde sich nun noch um die Beantwortung der Frage handeln, wie mit der aufgestellten Regel der Grundsatz zu vereinigen ist, daß der Erbe auch die Handlungen des Erblassers anerkennen muß, welche ihm selbst gehörige Sachen betreffen; ein Umstand, der besonders für die Annahme des Modestinschen Ausspruchs, als eines bejahenden, die Meisten bestimmt zu haben scheint. Allein jene ist nicht nur nicht schwer noch künstlich, sondern sie wird sogar noch einen starken Grund mehr für unsere Erklärung obiger Stellen abgeben. Es ist nemlich zwischen der Existenz des Pfandrechts, welches mit Ausnahme des Falls der Genehmigung von uns geleugnet wird, und der Erbe-Eigenthümer nicht anzuerkennen braucht, und dem Pfandvertrage, der Conventio pignoris s. hypothecae, zu unterscheiden. In die letztere folgt der Erbe des Verpfänders allerdings nach, d. h. wenn er das an seiner Sache bestellte Pfandrecht, gleichviel ob durch Einrede oder durch Klage (je nachdem Hypothek oder Pfandcontract vorhanden) nicht anerkennen will, so fällt es

---

1) In meiner Uebersetzung des C. J. habe ich sie noch fälschlich bloß auf die Beerbung bezogen.

freilich weg, allein er haftet auf das Interesse [1]), wie sein Erblasser, wenn das Pfand oder die Hypothek entwährt, oder von ihm, dem Eigenthümer selbst, in Anspruch genommen worden wäre, mithin im Fall des Pfandcontracts durch die Pfandgegenklage, in dem der Hypothek durch die Klage in factum, da sein Erblasser durch die doli gehaftet hätte.

Außer den bisher aufgezählten Fällen giebt es noch einen, wo die Verpfändung einer fremden Sache, wenn auch kein Pfandrecht begründet, doch eine Einwirkung auf die Sache durch Veranlassung eines Innebehaltungsrechts äußert; nemlich: wenn der Geschäftsbesorger des Principals Sache ohne dessen Einwilligung verpfändet, und das Geld, wofür dies geschieht, in des letztern Nutzen verwendet worden ist, so steht dem besitzenden Pfandgläubiger wider den zurückfodernden Eigenthümer zur Wiedererlangung seines Geldes die Einrede der Arglist zu [2]). —

Es werden zwar hin und wieder noch mehrere Ausnahmen angeführt, wo die Verpfändung einer fremden Sache Wirkungen haben soll, allein diese gehören alle nicht hieher, sondern in die Lehre von der vertragsmäßigen Verpfändung zu der Verfügungsfähigkeit, für Andere und an den Sachen Anderer ein Pfandrecht gültig zu bestellen oder nicht.

So wenig nun also die Verpfändung einer fremden Sache, als solche, außer obigen Fällen absolute rechtliche Folgen äußern kann, so versteht sich dennoch auf der andern Seite, daß der Vertrag an sich seine Folgen äußern müsse in Ansehung der Verhältnisse, welche durch ihn, als solchen, zwischen den Contrahenten begründet werden. Von dem Pfandcontract über eine fremde Sache findet sich dies ausdrücklich gelehrt, so daß der Verpfänder, wenn er Zahlung

---

1) Fr. 54. *de Fidejussor.* — Si in pignore contrahendo deceptus sit creditor, qui fidejussorem pro mutuo accepit, agit contraria pigneraticia actione, in quam actionem veniet, quod interest creditoris etc. ist analogisch auch auf den Hypothekvertrag anzuwenden.

2) C. 1. *Si aliena res* etc. — Procurator citra domini voluntatem domum pignori frustra dedit. Si tamen pecuniam creditoris in rem domini versam constabit, non inutilis erit exceptio duntaxat quod numeratum est exsolvi desideranti. (194.)

geleistet hat, die Pfandhauptklage anstellen kann [1]), selbst wenn er die zum Pfande gegebene Sache geraubt oder gestohlen hätte [2]), dem Pfandgläubiger dagegen, vorausgesetzt, daß er im guten Glauben ist, die Pfandgegenklage auf das Interesse [3]) zusteht, wenn Entwährung des Pfandes geschehen ist, gleich der hypothekarischen [4]) wider den Verpfänder und seine Erben. Daß dies auch von der Hypothek gelte, und zwar namentlich, wenn der Verpfänder in deren Besitz ist, und ein Interesse sich nachweisen läßt, folgt hieraus ohne Bedenken von selbst [5]).

§. 17.

Von dem Pfandrechte an eigenen Sachen [6]).

Allgemeine Regel ist, daß an einer eigenen Sache ein Pfandrecht nicht bestellt werden kann [7]). Dagegen ist die Frage, inwiefern ein Pfandrecht daran fortbestehen könne, Gegenstand des Streites und der abweichendsten Meinungen

---

1) Fr. 9. §. 4. *de P. A.* — Is quoque, qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest pigneraticia experiri. (ULP. 28. *ad Ed.*)

2) Fr. 22. §. 2. *eod.* — Si praedo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pigneraticia actio, quamvis ipse fructus suos non faciet etc.

3) Fr. 16. §. 1. *eod.* — Contrariam pigneraticiam creditori actionem competere certum est. Proinde si rem alienam vel alii pigneratam vel in publicum obligatam dedit, tenebitur. Sed utrum ita demum, si scit (sc. debitor, alienam esse,) an etsi ignoraverit? Et quantum ad crimen attinet, excusat ignorantia, quantum ad contrarium judicium ignorantia eum non excusat, ut Marcellus lib. 6. Dig. scribit. Sed si sciens creditor accipiat, vel alienum, vel obligatum, vel morbosum, contrarium ei non competit. (PAUL. 29. *ad Ed.*) *Cujac.* Comment. ad Fr. 16. §. 1. d. in Opp. T. V. p. 421. f. u. §. 27. B. 2.

4) Fr. 21. §. 1. *de Pignoribus.* — Si debitor servum, quem a non domino bona fide emerat, et pignoravit, teneat, Servianae locus est, et si adversus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet. (ULP. 73. *ad Ed.*) s. dazu Glück XIV. S. 28. 83).

5) Die Stelle in der vorigen Anmerk. bezieht sich sogar auf die Hypothek im Besondern; worin das Interesse bestehe, und überhaupt das Weitere hiervon, s. §. 26. und §. 27.

6) s. meine pfandrechtliche Streitfragen S. 78 ff.

7) Fr. 45. *de R. I.* — Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio neque locatio rei suae consistere potest. (ULP. 30. *ad Ed.*) — Fr. 29. *de P. A.* — Si rem alienam bona fide emeris et mihi pignori dederis, ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit,

und Erklärungen der Rechtsgelehrten neuerer Zeit gewesen, nachdem sie schon von den Glossatoren [1]) in Anregung gebracht, später aber liegen geblieben war, indem sich Stellen finden, wo eine Fortdauer der Wirkungen des Pfandrechts neben dem später erworbenen Eigenthum unter gewissen Umständen ausgesprochen zu sein scheint [2]).

Früher galt allgemein, daß, wie Niemand an eigener Sache ein Pfandrecht sich bestellen könne, auch ein früher bestelltes durch den spätern Eigenthumserwerb unbedingt aufgehoben werde [3]). Als Ausnahme davon ließ man den Satz gelten, daß, wer von einem bessern Pfandgläubiger eine ihm verpfändete Sache kauft, damit nicht, wenn es ein Anderer thue, sein schlechteres Pfandrecht erlösche, auch dieses Pfandrecht behalte. Dies suchte man auch so zu erklären, daß man dem Eigenthümer kein Pfandrecht, sondern nur das Recht zuschrieb, sich gegen die übrigen Pfandgläubiger derjenigen Einreden zu bedienen, die ein früherer gehabt hat, und er darum auch sich gleich einem solchen behandeln lassen müsse [4]).

Dagegen ist in neuerer Zeit der Satz aufgestellt worden [5]), daß der Gläubiger, welcher das Eigenthum des Pfandes vom Schuldner erwerbe, sein Pfandrecht gegen die übrigen Gläubiger als wirksam behalte; mithin dasselbe neben dem Eigenthum fortdauere, indem sich die letztgedachte Einrede einzig und allein auf ein Pfandrecht gründen könne. Es wird dabei freilich die Regel, daß durch Eigenthumserwerb das Pfandrecht aufgehoben werde, als bestehend anerkannt, und jener nur als Ausnahme davon betrachtet, weil das bloße Eigenthum nicht jene Wirkung haben könne; allein

desinit pignus esse, et sola precarii rogatio supererit; idcirco usucapio tua interpellabitur. — Fr. 33. §. 5. *de Usurp. et Usucap.* Si rem tuam cum bona fide possiderem pignori tibi dem, ignoranti tuam esse, desino usucapere, quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere. (JUL. 44. *Dig.*)

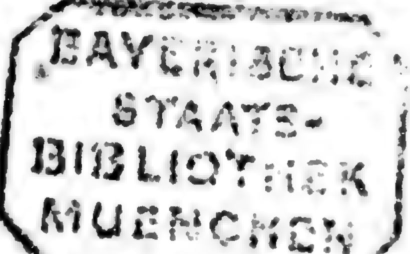
1) s. Geduldt v. Jungenfeldt Pfandrecht an eigener Sache S. 1.

2) C. 3. *de His qui in priorum.* Fr. 17. *Qui potiores.* C. 1. *Si antiquior creditor.* Fr. 6. *de Distractione pignor.* Fr. 2 3. §. 1. Fr. 5. §. 1. *eod.*

3) Franke civilist. Abhandl. S. 107 ff.

4) Löhr Magazin Th. IV. S. 73. (1).

5) v. Wening im Archiv für civil. Praxis Bd. VI. S. 134—50.



mit Recht ist dagegen zu erinnern, daß durch die Ausnahme die ganze Regel aufgehoben werde, weil ohne den darin vorausgesetzten Fall des Zusammentreffens mit andern Gläubigern, die Frage vom Pfandrecht an eigener Sache nie vorkommen wird Dabei wurde versucht, diese Theorie aus einer richtigen Erklärung von C. 1. *Si antiquior*, C. 3. *de His qui in priorum*, Fr. 17. *Qui potiores* und Fr. 6. *de Distractione pignoris* zu begründen, und namentlich die Klagbarkeit des Pfandrechts neben dem erworbenen Eigenthum aus Fr. 30. §. 1. *de Except. rei jud.* und Fr. 59. pr. *ad SCt. Trebell.* Hiernach kommt man dann zu dem Resultat, daß die Regel von der Erlöschung des Pfandrechts durch Vereinigung mit dem Eigenthum sich auf den Fall beschränke, wo neben dem ehemaligen Pfandgläubiger kein anderer vorhanden ist [1]).

Bei weitem wichtiger ist Franke's [2]) Versuch, Licht in diese Materie zu bringen und die anscheinend widerstrebenden Elemente neben einander zu fügen. Er entwickelt aus Fr. 30. §. 1. *de Except. rei jud.*, worin der Fall enthalten ist:

> Mävius und Titius stritten über eine Erbschaft und verglichen sich dahin, daß letzterer dem erstern mehrere

---

1) Diese Weningsche Theorie hat durch Jungenfeldt zwar eine gute Beleuchtung gefunden, dagegen kann der Hauptgesichtspunkt, aus dem letzterer die Sache erklärt, eben so wenig für richtig anerkannt werden, er sucht nemlich ein richtiges Verhältniß der s. g. dinglichen Rechte zum Eigenthum zu gewinnen; „danach könne das Pfandrecht als ein Jus in re aliena schon seinem Begriff nach an einer eigenen Sache nicht bestehen. Nun gebe es aber Fälle, in denen der ehemals dinglich Berechtigte nach der Confusion sein Recht wieder erhalte, also dies nach Verlust des Eigenthums wieder auflebe, oder nur noch Wirksamkeit äußere. Das Nemliche gelte von den Foderungen, die auch zuweilen wieder aufleben, respective fortdauern, wie beim Erbschaftsantritt cum beneficio inventarii. Derselbe Gesichtspunkt komme beim Pfandrecht zur Sprache; auch dieses könne hiernach als Jus in re aliena nach der Confusion noch Wirkungen äußern, wiewohl kein eigenes Pfandrecht bestehe." Allein hierin erhalten wir nur eine Wiederholung dessen, was wir schon wissen, nicht eine Erklärung der sich dabei aufdrängenden Fragen über die scheinbare Collision von Rechtsprincipien; denn der durchgeführte Vergleich, namentlich mit den Dienstbarkeiten, ist dazu weder passend, noch an sich überhaupt richtig (s. Büchel Natur des Pfandrechts S. 86.), endlich der unrömische Begriff von Jus in re aliena nicht geeignet, römischrechtliche Verhältnisse zu erklären.

2) a. a. O. S. 117 ff.

Sachen herausgab, darunter auch ein ihm gehöriges Landgut. Darauf greift wegen des letztern ein Pfandgläubiger den Mävius an und siegt ob. Später ersieht Mävius aus alten Papieren, daß Titius seinem (des Mävius) Großvater eine Summe gegen ältere Verpfändung desselben Landguts schulde. Er fragt nun an, ob er Klage deshalb erheben könne? Darauf antwortet Paulus, nachdem er zuvor erklärt hat, daß er von der Einrede der rechtlich entschiedenen Sache gar nichts zu fürchten habe: In proposita quaestione magis me illud movet, numquid pignoris jus exstinctum sit, dominio acquisito: nec enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. Actio tamen pigneraticia competit: verum enim et pignori datum et satisfactum non esse, quare puto non obstare rei judicatae exceptionem. in Betracht, daß dieses Bruchstück von andern, worin die römischen Juristen beim Eigenthumserwerb die Aufhebung des Pfandrechts behaupten, darin wesentlich verschieden sei, daß der Gläubiger beim eigenthümlichen Erwerb des Pfandes keine Kenntniß von seinem Pfandrecht gehabt, seine Theorie dahin: „dieses Nichtwissen motivire des Paulus Behauptung von der Fortdauer des Pfandrechts. Dazu komme, daß Modestin in Fr. 9. pr. *Quibus mod. pignus* den Grund, warum das Pfandrecht durch den Eigenthumserwerb erlösche, in die zur Veräußerung ertheilte Zustimmung setze, worin ein freiwilliges Aufgeben liege [1]), welches die Bekanntschaft mit dem Pfandrecht voraussetze. Dies lasse sich noch aus folgenden innern Gründen beweisen: nach der Formel der hypothekarischen Klage [2]) sei die Pfandklage bei nicht geschehener Rückzahlung schon allein begründet worden, und

1) Titius Sempronio fundum pignori dedit, et eundem fundum postea Gajo Sejo pignori dedit, atque ita idem Titius Sempronio et Gajo Sejo fundum eundem in assem vendidit, quibus pignori antea dederat in solidum singulis. Quaero an venditione interposita jus pignoris exstinctum sit. Modestinus respondit: Dominium ad eos emtionis jure pertinere, et quum consensum mutuo venditioni dedisse proponantur, invicem eos pigneraticiam actionem non habere.

2) s. oben §. 25. a. E.

deshalb jene unvollständig gewesen, weil der Gläubiger doch ohne Aufhebung der Foderung selbst das Pfand befreien könne, wo die römischen Juristen dann auch für letztern Fall den Begriff aufstellen, Satisfactum videri [1]) creditori (Fr. 5. §. 2. *Quibus modis pignus* und Fr. 9. §. 3. *de P. A.*), was in Ansehung des Pfandrechts dann der Solutio gleichstehe; unter diesem satisfactum sei der Fall mitbegriffen, wenn der Gläubiger in die Veräußerung des Pfandes gewilligt habe, und nun setze eben Paulus den Grund seiner Entscheidung darin, satisfactum non esse, weil hier an Verzicht nicht zu denken sei. Hiernächst stelle er die Regel auf: der Pfandgläubiger, welcher wissentlich das Eigenthum des Pfandes durch ein Geschäft mit dem Verpfänder erwirbt, giebt dadurch sein Pfandrecht auf; denn satisfactum ei videtur. Da nun das römische Recht den Untergang des Pfandrechts nicht auf den Eigenthumserwerb selbst, sondern auf die zur Veräußerung nöthige Einwilligung und die darin liegende Verzichtleistung stütze, so folge daraus: **1**) daß der Gläubiger beim Eigenthumserwerb sein Pfandrecht ausdrücklich vorbehalten könne; **2**) daß, wenn des Gläubigers Absicht bei Erwerbung des Eigenthums nur auf Erhaltung seines Rechts gegangen, er auch sein Pfandrecht behalten müsse, weil dann ebensowenig ein stillschweigender Verzicht gefolgert werden könne." —

Allein aus keiner der hierher gehörigen Stellen [2]) ist ersichtlich, daß die Geltendmachung der Wirkung des ehemaligen Pfandrechts vom Nichtwissen auf Seiten des neuen Eigenthümers, frühern Gläubigers, sofern dies seine eigene Foderung betrifft (wenn gleich dieser Fall, wie weiter unten gezeigt werden wird, von den übrigen in anderer Hinsicht verschieden ist), abhängig gemacht sei; denn daß für einen solchen Fall jene auch Statt habe, ist doch kein Beweis dafür. Am wenigsten ist aber aus irgend einer derselben auch nur vermuthungsweise die Annahme begründet, daß ein ausdrücklicher Vorbehalt des Pfandrechts neben der Eigenthumserwerbung des Pfandes denkbar sei. Dieselbe kann nicht we-

1) s. §. 70. zu Anf. u. §. 69. desgl. 2) s. weiter unten von S. 104. an.

niger auffallen, als die Idee einer Statt habenden Pfandklage ohne Pfandrecht. Auch umfassen jene Resultate nicht alle Erscheinungen, die sich in diesem Gebiete finden [1]).

Nach unserer Meinung kann ein genügenderes Resultat unschwer durch eine Unterscheidung gewonnen werden, die eigentlich nicht sehr gesucht zu werden braucht. Die schroffen Gegensätze schwinden, sobald man die feste und ohne Ausnahme gültige Regel aufstellt: „daß an eigener Sache ein **Pfandrecht** so wenig bestellt werden, als, wenn das Eigenthum an einem Pfande wissentlich später erworben werde, neben jenem daran bestehen könne; **dahingegen aber** diejenigen Stellen, worin man Ausnahmen von dieser Regel zu finden geglaubt hat, **gar nicht aus dem Gesichtspunkt eines bestehenden Pfandrechts** zu erklären seien, sondern aus dem der Billigkeit, die hier in Zusammenhang mit dem früher bestandenen Pfandrecht, und daß dieses bei der Eigenthumserwerbung wesentlich in Berührung kam, gesetzlich darum anerkannt worden ist, weil das strenge Recht dem das Pfand erwerbenden Gläubiger oder Käufer

---

1) Mit Recht hat daher **Büchel** a. a. O. S. 87. erinnert, daß den bisherigen Meinungen die irrige Vorstellung zum Grunde liege, daß das Pfandrecht eine materiell im Eigenthum gelegene Befugniß sei. Der Grund, weshalb das Pfandrecht mit dem Eigenthumserwerb nicht erlösche, müsse mithin ein anderer sein. Diesen legt er aber in die Natur des Pfandrechts, als einer Obligatio rei. „Eine solche setze zwei verschiedene Personen voraus, und könne also da nicht begründet werden, wo der zu Verpflichtende der privatrechtlichen Herrschaft des Berechtigten unterworfen sei, wie Sklaven und Hauskinder, und müsse daher auch erlöschen, wenn letzteres für jenen erst eintrete. Wie es nun Fälle gebe, wo der Herr und Vater doch aus dem Grunde der Billigkeit Gläubiger des Hauskindes oder Sklaven bleibe, so könne es auch Fälle geben, wo der Eigenthümer seiner Sache gegenüber Gläubiger bleibe. Aus diesem Gesichtspunkt seien die hieher gehörigen Stellen zu erklären, so daß also die Billigkeit hier das wirkliche Interesse gegen die Strenge des Rechts durch Aufrechterhaltung des Pfandrechts in Schutz nähme. Verschieden hievon sei die Frage, ob das Faustpfandverhältniß fortdauere; dies sei zu verneinen, und davon Fr. 30. §. 1. *de Rei jud. except.* zu verstehen."

So sehr man mit dem aufgestellten Grundsatz der Billigkeit einverstanden seyn kann, so wenig kann die Grundlage dieser Schlußfolgerung als richtig anerkannt werden. Es ist schon oben §. 2. die subjective Eigenschaft des Pfandes widerlegt worden, und danach erledigt sich die Nothwendigkeit auf das Ungeeignete des Vergleichs aufmerksam zu machen von selbst; (über Fr. 30. §. 1. *d.* f. u. S. 109. 110. Anm. 1.) obwohl er Mänchen scharfsinnig geschienen hat.

keinen genügenden Schutz gegen ein Zusammentreffen mit andern überhaupt, sie seien ältere oder jüngere, zu gewähren vermag" [1]). Diese Billigkeit begründet freilich keine Klage, sondern nur eine Einrede [2]), doch kann diese nach Umständen im Gewande einer Replik erscheinen. Der Beweis hiefür kann zum Theil auf Franke's eigene Voraussetzungen gegründet werden. Zuvörderst nemlich kann auch für den Fall, daß der Gläubiger, der seine Foderung kennt, das Pfand vom Schuldner eigenthümlich erwirbt, wodurch allerdings das Pfandrecht erlischt, sobald, wie hier regelmäßig vorauszusetzen, eine Abrechnung auf die creditirte Summe Statt hat (denn ohnedies kann die Frage niemals entstehen), und nachmals ein jüngerer oder älterer Pfandgläubiger gegen den dermaligen Eigenthümer auftritt, gerade im Gegensatz mit Franke, nicht gesagt werden: Satisfactum ei videri. An eine Verzichtleistung auf die Wirkungen des Pfandrechts könnte wenigstens nur unter der Bedingung gedacht werden, daß nicht ein Anderer das gekaufte Pfand entwähre, die offenbar in der Natur des Geschäfts liegen würde, da das Recedere velle a pignore [3]) gar keine andere Erklärung zuläßt, und sonst nach dem Grundsatz: Satisfactio pro solutione est [4]), die letztere nicht vorhanden wäre. Ferner erlischt zwar das Pfandrecht allerdings in Folge der Einwilligung zum Verkauf des Pfandes durch stillschweigenden Verzicht; da es sich aber auf den Fall des Verkaufs des Pfandes an den Gläubiger nicht bloß um das Pfandrecht, sobald Fragen, wie die, welche wir hier vor Augen haben, vorkommend gedacht werden sollen, sondern auch um die Foderung und deren Tilgung durch Abrechnen, wie vorher bemerkt worden, handeln wird, so folgt daraus, daß unter der Einwilligung zum Verkauf nur der an einen Dritten und nicht der an

---

1) Als erläuternde Bemerkung zu dieser Regel s. noch was nachher (S. 110.) unter der Erklärung zu Fr. 7. pr. *Qui potiores* folgt.

2) Auch Löhr spricht sich dahin aus, allein zu kurz und bloß anmerkungsweise, als daß man daraus ersehen könnte, womit er die Einrede begründe.

3) Fr. 9. §. 3. *de P. A.*

4) Fr. 52. *de Solutionibus.*

den Gläubiger selbst verstanden werden darf, und der im letztern Fall anzunehmende Verzicht stets, wie eben erwähnt worden, geeigenschaftet, d. h. ein seiner Natur nach bedingter sein würde. Nicht minder widerstreitet es offenbar der Natur der Rechte an Sachen, wohin die dinglichen Foderungsrechte, also das Pfandrecht, gehört, das Zusammentreffen eines wahren wirklichen Pfandrechts in der Person desjenigen Eigenthümers anzunehmen, der sein Pfandrecht kennt, also ein eventuelles Foderungsrecht auf die Sache und das Eigenthumsrecht an ihr zugleich. Das Eigenthum kann dann mit dem Pfandrecht so wenig in der Person desselben verbunden seyn, als Jemand sein eigener Schuldner sein kann; und darum ist hieran auch dann nicht zu denken, wenn er es sich ausdrücklich vorbehalten, oder wenn er das Eigenthum, wie es heißt: non tam acquirendi dominii quam servandi pignoris sui caussa erworben hätte. Denn der Zweck, weshalb man ein Recht erwirbt, ist in Bezug auf dessen rechtliche Natur ohne Einfluß. Dagegen kann der Mangel der Satisfactio allerdings als Grund für das vorher aufgestellte Billigkeitsprincip angeführt werden, indem der Gläubiger, wenn er beim Ankauf des Pfandes mit einem betrügerischen Schuldner zu thun hat, sich unmöglich sichern kann, also gegen die Rechtsstrenge Mittel erhalten muß. Von einem fortbestehenden oder wiederauflebenden Pfandrechte für den zum Eigenthümer gewordenen Gläubiger (oder auch Dritten) an seiner eigenen Sache ist also nirgends die Rede, sondern nur davon, daß, wenn ihm die Sache von einem Dritten entwährt, d. h. von einem andern, gegen sein früheres Pfandrecht zurückgestandenen Pfandgläubiger Anspruch daran erhoben wird, dies nur mit Erfolg dann soll geschehen können, wenn dieser ihm seine ehemalige Foderung (woraus eben hervorgeht, daß sie auf das Pfand abgerechnet worden, also selbst ins Spiel gekommen seyn müsse) angeboten; oder daß, wenn ein Dritter, ein Nichtpfandgläubiger, das Pfand gekauft und mit dessen Gelde ein älterer Pfandgläubiger abgefunden worden, jener in dessen Rechte eintritt; so wenig, wie für letztern Cession angenommen zu werden braucht. Es ist auch voll-

kommen ausreichend, wenn diese Erscheinungen nur aus einem Billigkeitsprincip erklärt werden; denn da es feststand, daß der Verkäufer, frühere Schuldner, den Gläubiger, oder wer sonst das Pfand gekauft hatte, auf den Fall einer solchen Entwährung hätte schadlos stellen müssen, oftmals aber der Fall eintreten wird, daß dieser schwer oder nur ohne Erfolg belangt werden kann, so mogte es allerdings der Billigkeit vollkommen angemessen erscheinen, bei zu besorgender Gefährdung einiger der verschiedenen Interessen gegen andere, die ursprüngliche gesetzliche Reihenfolge noch für Die zu beobachten, welche ihr Geld in der That dazu hergegeben oder verwendet hatten, diese zu verwirklichen, und nicht deren offenbaren, in der Regel durch eine ihnen gespielte Arglist entstandenen, Schaden durch Halten am strengen Rechte oder gar der Form herbeizuführen, weil das römische Recht gegen vorgehende unbekannte Hypotheken gar keinen Schutz zu gewähren vermag, als die Persönlichkeit des Schuldners. Diese Billigkeit ist nun zwar nicht im Stande, eine Klage zu begründen, — denn welche sollte dies seyn? — sondern nur eine Einrede; allein es bedarf einer besondern Klage darum nicht, weil, wenn der Eigenthümer nicht besitzt, so daß er angegriffen von einem andern Gläubiger mit seiner Einrede sich schützen kann, sondern dieser, er nur die Eigenthumsklage anzustellen, und wenn dann die Verpfändung vorgeschützt wird, dieser seine Einrede im Gewande einer Replik entgegenzusetzen braucht. Wenn er sich freilich daran durch Unterlassen versäumt, so ist seine Befugniß verloren, wie jedes andere Recht, dessen man sich einredeweise bedienen kann, wenn man unterlassen, diese im Proceß vorzuschützen. Von diesem Gesichtspunkt aus lassen sich alle hieher gehörigen Stellen aufs genügendste erklären, so wie sie mit dem bisher Gesagten im vollkommensten Einklang stehen, und es beweisen:

1. C. 3. *de His qui in prior.* — Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in jus eorum successisti: et contra eos, qui inferio-

res illis fuerunt, justa defensione te tueri potes. (224.)

Vom Käufer ist es hier ungewiß gelassen, ob er Gläubiger gewesen oder nicht; gegen diejenigen Pfandgläubiger, welchen andere, die mit dem von ihm gezahlten Gelde befriedigt worden, vorgingen, soll er sich, von jenen angegriffen, einredeweise darum vertheidigen dürfen, weil angenommen wird, daß er in das Rangverhältniß der letztern eingetreten sei.

2. Fr. 17. *Qui potiores.* — Eum qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit. (PAUL. 6. *resp.*)

Auch hier ist unentschieden, ob der Käufer ein Pfandgläubiger gewesen sei; jeden Falls müßte er zweien solchen nachgestanden haben, von denen der erste mit von seinem Kaufgelde befriedigt worden; nur bis zum Betrage dessen Foderung erhält er die Einrede gegen den zweiten, das übrige kann verloren gehen.

3. C. 1. *Si antiquior.* — Si vendidisset, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit, vel vendiderit: non magis tibi persecutio ademta est, quam si aliis easdem res debitor vendidisset. Sed ita persequens res obligatas audieris, si quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris. (230.)

Hier wird gelehrt, daß, wenn ein späterer Gläubiger gegen den ältern auftritt, der das Pfand vom Schuldner an Zahlungs Statt angenommen oder gekauft hat, er sein Pfandrecht gegen diesen nur dann geltend machen könne, wenn er demselben seine ehemalige Foderung angeboten habe.

Diese Fälle scheinen in Verwandtschaft mit den folgenden Stellen zn stehen:

4. Fr. 6. *de Distr. pignoris.* — Cum posterior a priore pignus emit, non tam acquirendi dominii quam servandi pignoris sui caussa intelligitur pe-

pecuniam dedisse, et ideo offerri ei a debitore potest. (MOD. 8. *regul.*)

5. Fr. 2. *eod.* — Fidejussor conventus, officio judicis adsecutus est, ut emtionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet, nihilominus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendae pecuniae, quam fidejussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit, nam hujusmodi venditio transferendi pignoris caussa necessitate juris fieri solet. (PAP. 2. *resp.*)

6. Fr. 3. §. 1. *eod.* — Si tamen debitor non interveniente (sc. priore) creditore pignus vendiderit, ejusque pretium priori creditori solverit, emtori poterit offerri, (sc. a secundo creditore) quod ad alium creditorem de nummis ejus pervenit, et usurae medii temporis; nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an denuo pignori obliget.

7. Fr. 5. §. 1. *eod.* — Si secundus creditor vel fidejussor soluta pecunia pignora susceperint, recte eis offertur, quamvis emtionis titulo ea tenuerint. (MARC. *l. s. ad f. hyp.*)

Darin, daß in den letzten vier Stellen ein bedingt widerrufliches Eigenthum angenommen und nur für die Frucht einer necessitas juris anerkannt wird, scheint nemlich, als in etwas ebenfalls Abnormen und nur durch die Eigenthümlichkeit des römischen Pfandrechts, welches die verschiedenen collidirenden Interessen nicht besser zu wahren wußte, Gebotenen, eine neue Stütze für die regelwidrig scheinende Befugniß des nunmehrigen Eigenthümers zu liegen, auf die Wirkungen früher bestandener Pfandrechte zu seinen Gunsten Anspruch machen zu dürfen.

In den ersten drei Stellen ist nun von einem fortdauernden wirklichen Pfandrecht gar nicht die Rede; man bemerke nur, wie dies sogar mit dem Eigenthum zugleich und uno actu müßte erworben werden können! wohl aber

in allen die Befugniß, die Folgen eines frühern Pfandrechts geltend zu machen, nur im Wege der Einrede, vorausgesetzt; in der ersten spricht dies das gebrauchte defensione te tueri potes klar aus, in der zweiten ebenfalls das tueri, und in der dritten das: sed ita (sc. demum) audieris. Niemals ist für den Käufer-Gläubiger der Begriff Pfand als mitvorwaltend aufgestellt; nur einmal kommt das Jus des frühern Pfandgläubigers vor, worin der Andere getreten sei. Allein daß nur sein Rang unter den übrigen für den Fall der Befriedigung, nicht etwa Jus pignoris gemeint sei, beweist deutlich erstens der Umstand, daß der Käufer nur soweit geschützt wird, als der erste Gläubiger zu fodern hatte, und zweitens, daß das Pfandrecht nicht ohne Foderung gedacht werden, diese aber der Käufer doch nicht an sich selbst haben kann. Stets ist ferner auf der Seite des Käufers-Gläubigers sowohl völlige Bekanntschaft mit seinem Foderungs- und Pfandrecht, oder wenigstens keine Unbekanntschaft damit vorausgesetzt, als da, wo von dem Auftreten des frühern zweiten Gläubigers gegen den ersten (dermaligen Eigenthümer) gesprochen wird, Unbekanntschaft des Käufers mit andern dem seinigen nachstehenden Pfandrechten gedacht, und da endlich, wo ein späterer Gläubiger gekauft hat, zwar Bekanntschaft desselben mit den ihm vorgehenden zugegeben und ohne Einfluß gedacht, aber Unbekanntschaft mit den ihm nachstehenden anzunehmen ist. Die Bekanntschaft nemlich folgt überall aus dem Inhalt der Stellen selbst; die Unbekanntschaft aber daraus, daß nur auf deren Grund so, wie geschehen, hat entschieden werden können. Denn das liegt freilich außer Zweifel, daß der Gläubiger, welcher wissentlich, daß ihm Pfandgläubiger nachgehen, das Pfand kauft, dadurch sich so sehr außer Verbindung mit den Folgen irgend eines jemals daran bestandenen Pfandrechts setzt, daß er, als Eigenthümer dann angegriffen, weder auf sein eigenes ehemaliges Pfandrecht, noch auf das eines frühern mit seinem Gelde befriedigten Gläubigers sich berufen kann; er empfindet dann nur die rechtlichen Folgen seiner mit Wissen und Willen unternommenen Handlung, gerade wie wenn er in den Verkauf an einen Dritten gewilligt hätte. Beide diese

Fälle treffen dann zusammen, wenn der ältere und jüngere Pfandgläubiger das Pfand gemeinschaftlich kaufen [1]).

Noch kommen hier zwei Stellen in Betracht, von denen wenigstens die eine durch verschiedene Erklärung, sobald sie mit den vorherigen, besonders mit den drei ersten zusammengestellt wurde, in allen bisher aufgestellten Theorien vom entschiedensten Einfluß gewesen ist.

8. Fr. 59. pr. *ad SCt. Trebell.* — (s. o. S. 50.)

Von dieser Stelle hat jedoch Franke [2]) gezeigt, daß sie ohne Einfluß auf die hier vorliegenden Fragen sei, weil bei jeder Herausgabe einer Erbschaft nach dem Trebellianischen Senatsbeschluß dem Erben seine Rechte gegen die der Herausgabe unterworfenen Sachen unversehrt bleiben, auch dort nicht einmal von dem Verhältniß zu einem schlechtern Pfandgläubiger die Rede ist.

9. Fr. 30. §. 1. *de Except. rei jud.* — (s. o. S. 98. f.)

Diese Stelle hat durch Franke eine ausführliche Erläuterung erfahren, und dient, besonders in Betreff der daraus negativ zu gewinnenden Schlüsse seiner Theorie hauptsächlich als Grundstein. Allein so wenig diese im Vorstehenden haben für ausschließlich als richtig anerkannt werden können, kann für die Theorie vom (unbedingten) stillschweigenden Verzicht auf das Pfandrecht beim Ankauf des Pfandes durch den Gläubiger ein Schluß rückwärts dadurch gewonnen werden, daß ein solcher Verzicht hier wegen Nichtbekanntschaft mit dem Pfandrecht nicht angenommen werden kann. Dahingegen hat Franke über diese Stelle sehr richtig bemerkt, daß sie von allen andern, die beim Eigenthumserwerb die Aufhebung des Pfandrechts behaupten, und, wie man noch hinzusetzen kann, auch von denen, die neben dem Eigenthumserwerb Wirkungen des Pfandrechts fortdauern lassen, darin ganz wesentlich verschieden sei, daß hier der Gläubiger

---

1) s. Fr. 9. pr. *Quibus modis pignus*, welches hin und wieder gebraucht wird, hier eine Rolle zu spielen, s. bei Wening a. a. O. S. 147., und Franke a. a. O. S. 110., dessen Erklärung nur für die richtige zu halten ist.

2) a. a. O. S. 110.

von dem ihm an der Sache zustehenden Pfandrecht keine Kenntniß gehabt, wozu noch hinzuzufügen ist, sondern beim Einkauf des Pfandes vom Schuldner nothwendig betrogen worden sein müsse, und deshalb Paulus die Fortdauer eines wirklichen Pfandrechts habe behaupten können. Hiernach kann nun diese Stelle mit den vorher angeführten drei ersten gar nicht in eine Classe gestellt werden, sondern sie behandelt einen ganz verschiedenen Fall, in welchem das Pfandrecht neben dem Eigenthum, nur ruhend, wirklich fortdauert, und also durch ersteres nicht aufgehoben wird, sondern, wenn dasselbe ein Ende genommen, wieder in volle Kraft tritt; daneben erliegt es aber keinem Zweifel, daß, wenn der Eigenthümer vor Verlust des Eigenthums schon von seinem Rechte Kenntniß erlangt, er sofort zu dessen Wahrnehmung entweder gegen den Verkäufer, oder gegen den schon aufgetretenen andern Gläubiger die geeigneten Schritte thun, also auch einredeweise auf sein Recht, wie vorher dargethan worden, Bezug nehmen kann. — Zur juridischen Erklärung dieser regelwidrigen Erscheinung und des gar nicht anders zu deutenden Ausspruchs des Paulus, „daß in diesem Fall das Pfandrecht durch Erwerbung des Eigenthums nicht aufgehoben werde," läßt, wenn man ungeachtet der Warnung des Neratius: Rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet, alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur, nach dem Grunde fragen will, sich anführen, daß, da ein Recht außer durch Verjährung für den Berechtigten, welcher es nicht kennt, durch irgend eine Handlung überhaupt nicht unwiederbringlich verloren geht, auch die Erwerbung des Eigenthums das Pfandrecht in solchem Fall nicht aufhebt, indem, wenn zwar in der Regel Niemand ein dingliches Foderungsrecht neben dem Eigenthum darum haben kann, weil ersteres nur an fremden Sachen Statt findet, dennoch das Pfandrecht hier im Eigenthum darum nicht untergeht, weil letzteres dem Gläubiger-Eigenthümer, gegen jenes gehalten, ohne Interesse ist, ihm also sein Pfandrecht so wenig nehmen darf, als wenn der Schuldner dem Gläubiger das Pfand gestohlen, oder sonst entzogen,

und dann entweder selbst oder ein Dritter ihm, wie eine andere Sache verkauft hat [1]).

Noch müssen nun diejenigen Stellen geprüft werden, auf deren Grund die Eingangs gedachte Theorie gar die Regel bauet, „daß, wenn die Gesetze Jemandem Eigenthum und außerdem zur vollen Sicherheit noch das Pfandrecht gewähren, auch dieses vollkommen wirksam gemacht werden könne;" was nicht anders als von gleicher Zeit gemeint verstanden werden kann.

Fr. 7. pr. *Qui potiores.* — Idemque (das Stattfinden eines gesetzlichen Pfandrechts) est, si ex nummis pupilli fuerit res comparata. Quare si duorum pupillorum nummis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent, pro his portionibus, quae in pretium rei

---

1) Auf andere Weise sucht Jungenfeldt die Sache zu erklären; er will sich durch Annahme einer actio *utilis* pigneraticia helfen; allein das führt zu nichts, sobald man das Pfandrecht selbst in Abrede stellen will. — Büchel dagegen, S. 91., wählt einen noch andern Weg; er versteht nemlich unter pignus das Faustpfandverhältniß, dieses falle weg, während das Pfandrecht bestehen bleibe, weil die Klage ohne solches nicht gedacht werden könne. — Es ist nun freilich richtig, daß bei einem Eigenthumserwerb der Art das Faustpfandverhältniß ganz aufhören müsse; allein es fehlt an allem Grunde in Fr. 30. §. 1. *d.* ein solches anzunehmen, oder, wie Paulus darauf gekommen seyn solle, in den entscheidenden Worten dessen zu gedenken, da, wie der übrige Inhalt und der Zusammenhang der Stelle klar ergiebt, nur von einer Hypothek die Rede sein kann. Dabei hat Büchel, wenn er mich zu Denen zählt (S. 95.), die mit Faber Fortdauer der Pfandklage ohne Pfandrecht annehmen, nemlich in der deutschen Uebersetzung des C. J. Bd. IV. S. 546., übersehen, daß ich die Stelle nur wörtlich treu übersetzt habe, nämlich so, daß der Doppelsinn, der Mißverstand, auch daraus zu entnehmen ist, wenn man die richtige Spur nicht erkennt. Paulus will nemlich (bekannt durch dunkele Schreibart) in den Schlußworten, wenn man ihn paraphrasirt, nichts anderes sagen, als: — „In der vorliegenden Frage kommt aber meiner Ansicht nach mehr darauf an, ob durch die Erwerbung des Eigenthums das Pfandrecht erloschen ist; denn es ist allgemeine Regel, daß, sobald der Gläubiger Eigenthümer geworden ist, das Pfandrecht nicht länger währen könne; hier ist ihm aber demungeachtet die Pfandklage darum zuständig, weil nicht zu leugnen ist, daß der fragliche Gegenstand zum Pfande gegeben und dennoch keine Befriedigung erfolgt ist, lediglich die letztere aber das Pfandrecht erlöschen macht." — Es fällt mir also nicht ein, die Pfandklage zu behaupten, und das Pfandrecht zu leugnen, so wenig ich zugebe, daß Paulus dies gewollt, sondern vielmehr, daß er das Pfandrecht für diesen Fall so gut als fortdauernd betrachte, wie die Pfandklage.

fuerint expensae etc. Diese Stelle behandelt das bekannte gesetzliche Pfandrecht Unmündiger an mit ihrem Gelde erkauften Sachen. Allein damit, daß vom Vormunde, oder einem Dritten, mit deren Gelde eine Sache gekauft und bezahlt wird, ist ja gar nicht für sie das Eigenthum daran erworben. Einen doppelten Anspruch nach Auswahl daran geltend zu machen, das Pfandrecht oder das Eigenthum, haben sie nach dieser Stelle und **Fr. 2.** *Quando ex facto tutoris* (vergl. noch **C. 6.** *de Servo pignori dato*, **Fr. 3.** *de Rebus eorum* etc.) allerdings, allein das heißt doch nur ursprünglich, nicht fortdauernd, wenn sie das Eine oder das Andere einmal gewählt haben. Da es sich nun hier nur um die Fortdauer handelt, so fällt jene Stelle, wie die übrigen ähnlichen (s. §. **33.** III. A—C. und §. **65.** — c. a. E.), als einem andern Kreise angehörig, hier darum gar nicht in Betracht, weil zur Auswahl Jemandem sehr verschiedene Rechte zustehen können, ohne daß ein gegenseitiger Conflict entstände, indem nach getroffener Auswahl des einen die übrigen erlöschen.

2. C. 6. §. **2.** *de secundis nuptiis* soll [1]) den Kindern ein Pfandrecht für die s. g. lucra nuptialia an diesen selbst, also neben dem Eigenthum daran, einräumen; wahrscheinlich haben zu diesem Irrthum die Worte der Constitution Veranlassung gegeben: Omnibus videlicet iisdem maritalibus facultatibus his etiam, quas habet, habiturave est, tanquam si jure pignoris vel hypothecae suppositae sint, super eadem ante nuptias donatione, vel rebus aliis, ad eam ex mariti substantia devolutis, ex eo die, quo eaedem res ad eam pervenerint, liberis obligatis. Es ist nemlich unmöglich, hieraus jenes Resultat zu finden, sobald man nicht entweder fälschlich die Worte vel aliis rebus (welche die lucra in der postulirten Doppeleigenschaft von Pfand und Eigenthum einzig bezeichnen könnten), als zur Participialconstruction gehörig ansah, anstatt sie von super mitabhängen zu lassen, oder die lucra

---

1) Glück a. a. O. XIX. S. 135.

unter maritalibus facultatibus mitverstand. Allein, wenn letzteres der Grund wäre, so haben die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht das Wort iisdem übersehen, welches den Schlüssel zur richtigen Erklärung enthält; es sind nemlich diejenigen Vermögensstücke gemeint, von denen im §. **1.** der Constitution die Rede gewesen, die beweglichen aus des Mannes Vermögen an die Frau gelangten, welche der Frau taxweise gegen Sicherheitsbestellung überlassen werden, so daß sie dieselben verkaufen und verpfänden kann; die außerordentliche Erscheinung hat jedoch hiebei Statt, daß den Kindern für die Erhaltung der ihnen pfandweise haftenden Sachen eine besondere Sicherheit bestellt ist, und daß das volle und absolute Eigenthum an ihnen Niemandem für den Augenblick gehört, sondern je nachdem die Kinder oder die Mutter Sicherheit bestellen, der einen oder den andern die Verfügung darüber zusteht, während der Mutter der Nießbrauch an ihnen oder der Sicherheitssumme bleibt, bis sich in der Zukunft ergiebt, ob diese Sachen durch Ableben der Kinder ohne Leibeserben vor der Mutter dieser ganz zufallen, oder nach dem frühern Tode der Mutter den Kindern verbleiben. Die bestellte Sicherheit dient dann zur gegenseitigen Erholung für die künftig sich definitiv gestaltenden Rechte und deren etwanige Beeinträchtigung, z. B. durch anderweite Verpfändung, Verkauf u. s. w. (s. u. §§. **34.** u. **44.**) Gründliche Forscher [1]) haben den Kindern niemals ein Pfandrecht an den Lucra nuptialia, welche wegen des Nießbrauchs in den Händen des überlebenden Ehegatten, der sich wieder verheirathet, bleiben, wegen derselben und zwar neben dem am Gesammtvermögen des letztern eingeräumt [2]).

1) s. Zimmern R. R. Geschichte §. 178. S. 652. u. vergl. u. §. 34. C. 2.

2) Außer diesen Stellen nennt Mühlenbruch D. P. §. 305. (11.) noch folgende für die Zulässigkeit der hypothekarischen neben der Eigenthumsklage Fr. 2. *Quando ex facto tutor.* C. 3. *Arbitr. tut.* Fr. 54. *de Jure dot.*, wozu man noch C. 30. *de J. D.* und C. 1. § 1. *Communia legatorum* u. a. m. fügen kann. Es versteht sich, daß hier nur die ursprüngliche Befugniß des Gläubigers gemeint ist. (S. u. §. 33. III.)

Aus dieser Untersuchung fließen nun folgende Regeln:

I. Wer sein Pfandrecht kennend, und wissend, daß ihm andere Pfandgläubiger nachstehen, das Pfand vom Schuldner freiwillig erwirbt, der verliert sein Pfandrecht und muß die späteren Pfandfoderungen anerkennen.

II. Wer sein Pfandrecht nicht kennend das Pfand erwirbt, verliert das erstere niemals, sobald er mit dem seinigen nachstehenden zusammentrifft.

III. Wer sein Pfandrecht kennend, aber unwissend, daß noch andere dahinter folgen, das Pfand erwirbt, kann sich einrede- (oder replik-) weise sowohl auf den Rang, den ersteres einnahm, bei späterm Zusammentreffen mit nachstehenden Pfandgläubigern berufen, als auf den anderer Pfandrechte, die mit seinem Gelde befriedigt worden sind, sie mögen ihm vor- oder nachstehen, wenn sie nur vor den unbekannt gewesenen den Vorrang haben.

IV. Wer, ohne daß er mit einer Sache in pfandrechtlicher Beziehung stände, dieselbe kauft, der tritt, wenn frühere Gläubiger mit seinem Gelde befriedigt worden, auf den Fall, daß ihm unbekannte spätere ihn angreifen, ebenso in die Rechte der ersteren, wie von diesen unter III. gesagt worden ist.

§. 18.

Von der Verpfändung gemeinschaftlicher Sachen.

Auch gemeinschaftliche, d. h. dem Verpfänder mit einem oder mehrern Andern zusammengehörige Sachen können verpfändet werden [1]). Da der Begriff einer gemeinschaftlichen Sache nur in der Vorstellung beruhende Theile gestattet, so müssen sich durch die Theilung, als eine rechtliche Nothwendigkeit, freilich eigenthümliche Verhältnisse gestalten, besonders weil der verpfändete ideale Theil niemals der durch die Theilung verwirklichte ist [2]). Daraus folgt, daß das Pfand-

---

1) C. 1. *Si communis res pignori.*

2) Fr. 7. §. 4. *Quibus modis pignus.* — Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam

recht des Gläubigers sich danach auf alle Theile erstreckt, und nicht blos auf den dem Verpfänder durch die Theilung ausgeworfenen. Der Gläubiger kann mithin auch den vormaligen Miteigenthümer als gegenwärtigen Besitzer des theilweise haftenden, ihm durch die Theilung zugefallenen Antheils angreifen [1]). Die Unannehmlichkeiten und Weitläuftigkeiten, worin der Miteigenthümer dadurch freilich verwickelt werden kann, liegen in der Natur der Verhältnisse und dem Uebergewicht der Freiheit, über das Eigenthum verfügen zu dürfen, über diese Bedenklichkeiten, die so wenig als möglich beschränkt werden darf. Dagegen ist derselbe aber natürlich durch die Gesetze gegen wirklichen Nachtheil geschützt. Vor allem nemlich steht wider den besitzenden Pfandgläubiger dem Miteigenthümer jedes zum Schutz seines Rechts zuständige Mittel zu Gebote, und er kann denselben auf Herausgabe seines Antheils sammt etwa gezogenen Nutzungen belangen [2]). Wenn ferner zur Theilung geschritten wird, ohne daß sich der Miteigenthümer zu einer Sicherheitsstellung gegen seinen Genossen, oder zur Entlastung seines Antheils verstanden hat [3]), so veranschlagt der Richter bei der Theilung zwischen

---

esse, quae ei obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata. (GAI. *l. s. ad f. hyp.*)

1) Fr. 6. §. 8. *de Communi dividundo.* — Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communi dividundo, sed jus pignoris creditori manebit, etiamsi adjudicatus fuerit, nam etsi pars socio tradita fuisset, integrum maneret. Arbitrum autem communi dividundo hoc minoris partem aestimare debere, quod ex pacto vendere eam rem creditor potest, Julianus ait. (ULP. 19. *ad Ed.*)

2) C. 2. *Communi dividundo.* — Si probatum fuerit Praesidi provinciae, fratrem tuum vineas communes pignori dedisse, quum partem tuam, quam in vineis habes, creditori obligare non potuerit, Praeses provinciae restitui tibi eam jubebit cum fructibus, quos creditor de parte tua perceperit. (Die Glosse *restitui* versteht sc. per vindicationem.) Idem praeses provinciae de divisione vinearum inter te et creditorem fratris tui cognoscet, et jubebit eum accepta pecunia, quanti statuerit partem fratris tui valere, eam partem, quam de fratre tuo accepit, tibi restituere aut aestimata tua parte ad creditorem fratris tuo data pecunia, quanti eam aestimaverit, transferre.

3) Glück XIX. S. 220. Davon ist auch Fr. 3. §. 2. *Qui potiores*, zu verstehen. — Post divisionem regionibus factam inter fratres convenit, ut si frater agri portionem pro indiviso pignori datam a creditore non liberasset, ex divisione quaesitae partis partem dimidiam alter distraheret. Pignus intelligi contractum existimavi. Sed

ihnen, des Andern Antheil um so viel geringer, als er darauf schuldet, so daß dessen Berichtigung dem Verpfänder allein zufällt. Wenn aber der Gläubiger zur Theilung gezogen wird, denn es kann sowohl dieser vermöge seines Pfandrechts sich der Theilungsklage dazu bedienen [1]), als der andere Miteigenthümer gegen ihn dieselbe erheben, so ist der doppelte Fall möglich, daß entweder dem erstern oder dem letztern das Pfand eigenthümlich zuerkannt wird; fällt es dem Gläubiger anheim, so wird er dergestalt als Vertreter des Verpfänders betrachtet, daß er dem Miteigenthümer die Hälfte der ausgemittelten Werthssumme herauszahlen muß, und der Verpfänder nicht mehr gegen Zahlung der Schuld Befreiung seines Antheils vom Pfandrechte fodern kann, sondern das dem Gläubiger zugesprochene Ganze annehmen und die vom Gläubiger dafür herausgezahlte Summe erstatten muß [2]). Hat umgekehrt der Miteigenthümer den verpfändeten Theil seines Theilhabers in der ganzen Sache durch richterlichen Zuspruch erhalten, so muß ihm der Gläubiger den verpfändeten Antheil gegen Zahlung dessen Werthes ausantworten [3]). — Ist die Verpfändung heimlich geschehen, und bei der Theilung verschwiegen, oder gar nicht erwähnt, die ganze Sache aber dem andern Theilhaber zugeschlagen worden, so kann dieser nach Entwährung des verpfändeten Antheils, dafern eine Stipulation oder Vertrag in Rücksicht derselben eingegangen worden, zunächst aus dieser, wenn nicht, auf das Interesse mit der Klage praescriptis verbis klagen [4]).

---

priorem secundo non esse potiorem, quoniam secundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam frater nonconsentiente socio non potuit obligare. (PAP. 11. *resp.*) Hier ist eine hypothekarische Sicherheitsbestellung vorhanden, Concurrenz mit dem ältern Gläubiger aber nicht denkbar, weil beiden Gläubigern ganz verschiedene Stücke verpfändet sind; s. übrigens noch unten §. 26.

1) Das leugnet, mit Voet und Thibaut, Glück Bd. XI. S. 124. unter Beziehung auf Fr. 7. §. 13. *eod.*, worin doch der Gläubiger nur sehr gelegentlich als Beklagter erscheint. Daß er die Klage erheben könne, geht aus Fr. 7. §. 6. *eod.* und daraus hervor, daß er beklagt werden kann, denn die Theilungsklage ist ja judicium *mixtum*. S. §. 61. 2.

2) Fr. 7. §. 13. *eod.*

3) s. die vorherige C. 2. *d.*

4) C. 7. *Communia utriusque judicii.*

Hat ein Miteigenthümer dem andern seinen Antheil verpfändet, so kann der letztere der Theilungsklage des erstern die Einrede der Verpfändung entgegenstellen; selbst wenn er dies aber unterlassen hat, muß der Richter von Amts wegen, dafern er dem Schuldner das Ganze zuspricht, ihn zur Erlegung der Hälfte seiner Würderung verurtheilen, während das Pfandrecht bestehen bleibt, und wenn dem Gläubiger, nur zur Herausgabe des Ueberrests nach Vorabzug der Pfandschuld [1]). — Hat endlich ein Miteigenthümer, commodati, nicht donationis caussa, seinem Theilhaber erlaubt, die Sache ganz (in solidum) zu verpfänden, so ist die Frage, ob bei der Erörterung gegenseitiger Ansprüche und Theilung der Sache selbst die Entlastung vom Pfandrecht an der Hälfte des Nichtschuldners gefodert werden könne, eine quaestio facti, für welche die Umstände, unter denen die Einwilligung ertheilt ward, von wesentlichstem Einfluß sind, und welche nach gleichen Grundsätzen entschieden wird, wie die, wann eher der Bürge vor Zahlung der Schuld Befreiung von seiner Verpflichtung fodern kann [2]).

§. 19.

Von der Verpfändung künftiger Sachen.

Daß künftige Sachen Gegenstand des Pfandrechts sein können, ist schon oben §. 8. kürzlich erwähnt worden. Künftige Sachen, res futurae, kommen in den Rechtsquellen in zwiefacher Bedeutung vor: erstens werden darunter solche verstanden, die denen entgegengesetzt sind, welche dem Verpfänder bereits gehören, und von denen den Contrahenten kein anderer Begriff vorschwebt, als daß sie künftig dem Verpfänder gehörig werden mögten; sie sind unter der Formel, quae quis habiturus est, verstanden; zweitens solche, quae nondum sunt, futura tamen sunt, d. h. im Werden begriffene natürliche Früchte. Die Grundsätze, nach denen an der ersten Art künftiger Sachen Pfandrechte ent-

---

1) Fr. 6. §. 9. *eod.*

2) s. Fr. 38. pr. und §. 1. *Mandati vel contra*, und *Cujac.* ad h. l. Opp. T. VI. p. 611.

stehen und wirksam werden, sind aber theils in §. **16.** zu A. enthalten, theils in §. **44.** A., und es erledigt sich daher hier alle weitere Erörterung über sie. — Dagegen kommt hier die zweite Art der künftigen Sachen [1]) in Betracht. Diese kann nur Der verpfänden, welcher zur Zeit der Verpfändung an der Sache, welche sie hervorbringen wird, ein solches Recht hat, daß er darüber in dieser Art verfügen darf, also Eigenthum oder Nießbrauch [2]).

Unrichtig ist es, die natürlichen Früchte ohne nähere Bestimmung im Allgemeinen und schlechthin unter dieser Art künftiger Sachen zu begreifen. Die Quellen characterisiren sie deutlich genug als fructus *pendentes*, fetus, und ea quae nascuntur. Der Begriff derselben ist also dahin zu bestimmen: sie sind das künftige Erzeugniß einer andern Sache, welches in der natürlichen Nothwendigkeit beruht, wobei aber zur Zeit der Verpfändung die Ursache dieser nothwendigen Folge schon vorhanden und wirksam seyn muß; (also das Korn gesäet, der Baum fruchttragend, das Thier trächtig). Allerdings ist die Existenz derselben an gewisse Voraussetzungen gebunden, das trächtige Thier kann fallen, das Kornfeld verhageln; allein diese beruhen in der Natur der Sache, und machen die Verpfändung derselben nicht etwa, wie oft irrig geschieht, von der Bedingung abhängig: si nascantur. Denn das ist so wenig eine eigentliche Bedingung, als wenn eine fremde Sache verpfändet wird: si debitoris facta fuerit. — So gehören also z. B. solche künftige Erndten, zu denen das Korn noch nicht gesäet ist, nicht zu dieser Art künftiger Sachen, sondern zur ersten, so wenig

---

1) Fr. 15. pr. *de Pignoribus.* — Et quae nondum sunt futura tamen sunt hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum et ea quae nascuntur, sint hypothecae obligata. Idque servandum est, sive dominus fundi convenerit aut de usufructu, aut de his quae nascuntur, sive is, qui usumfructum habet, sicut Julianus scribit. (GAI. *l. l.*)

2) s. d. vorige Anm. und Fr. 11. §. 3. *Qui potiores.* — Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicuti est de partu, hoc quaeritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris? et in fructibus, si convenit, ut sint pignori, aeque quaeritur, an fundus vel jus utendi fruendi conventionis tempore fuerit debitoris? (GAI. *eod.*)

wie eine Schiffsladung, die noch auf dem Meere schwebt — diese kann nur unter die einfache Verpfändung gestellt werden — und wie der zu hoffende Gewinn eines Handels, zu dem die Fonds schon angelegt sind; der letztere könnte auch nur unter den Begriff der künftigen Sachen, quae habiturus sum, von einer näher bestimmten Eigenschaft fallen. (S. u. §. 44. B.) — Sobald die Sachen dieser Art zu gegenwärtigen werden, tritt das Pfandrecht rückwärts mit der vollen Wirksamkeit, wie an jeder andern Sache, ein. Bis dahin können aber dem Gläubiger zum Schutz seines künftigen Rechts, und wider Handlungen, welche dasselbe zu vereiteln drohen, nur die gewöhnlichen Anträge auf Sicherheitsbestellung, sowie die Klagen wegen Arglist gegen den Verpfänder, und in factum wider Dritte, endlich auf das Interesse und Schadensersatz wider Jeden zugesprochen werden.

§. 20.

Von der Verpfändung der Rechte im Allgemeinen.

Die Verpfändung der Rechte ist ein späteres Erzeugniß der fortgeschrittenen Bildung des römischen Rechts, und wird auch in den Quellen als eine Ausdehnung des Pfandrechts über seine eigentlichen Gränzen betrachtet [1]). Der Ursprung derselben ist in dem Umstande zu suchen, daß die Fortbildung der Rechtspflege bei den Römern besonders durch die mit der Zeit nachhelfende Hand des Prätors, die Rechtsbegriffe dem Bedürfniß fortschreitender Cultur und dem erweiterten Umfange des Handels und Wandels anzupassen, und dem Credit mehr Mittel an die Hand zu geben suchte, welche also dem Willen, der Absicht der Contrahenten insofern eine freiere Bewegung gestattet, als sie ihn hauptsächlich und auch vor strengen Rechtsformen beachtet wissen wollte [2]). Ein allgemeiner Lehrsatz darüber findet sich nicht, sondern nur einzelne zerstreut vorkommende Verpfändungen von Rechten verschiedener Arten. Dessen ungeachtet ist nicht zu

---

1) s. Hepp im Archiv f. civil. Praxis Bd. XIII. S. 343.

2) Vergl. meine angef. Schrift S. 11 f.

bezweifeln, daß ein solcher anzunehmen und die Verpfändung jedes Rechts für zulässig zu erachten sei, welches zu den bonis des Verpfänders gehört, und rechtlich zulässiger Weise veräußert und abgetreten werden kann [1]), also einem Gläubiger Befriedigung zu gewähren vermag. An Beweisen dafür fehlt es nicht. Als solche bieten sich dar: die Hervorhebung der utilitas contrahentium als Grund der Zulässigkeit für die Verpfändung eines Rechts, die da, wo es sich um Verträge handelt, zunächst im Willen der Contrahirenden und dessen Anerkennung vor dem Gesetz ihren Grund findet [2]); die Gestattung der Verpfändung des Nießbrauches sowohl von Seiten des Eigenthümers als des Nießbrauchers [3]), und Marcians Zusatz, obwohl der prätorische Schutz dieses Pfandrechts nicht mehr ungewiß war, doch vielleicht zur Begegnung von Zweifeln, nam cum et emtorem ususfructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? — Ferner: deutliche Erwähnung allmähliger Fortbildung und Berufung auf sie, wie: postquam eo decursum est, ut cautiones quoque pignori dentur, wofür sehr bezeichnend ist, daß dies der Gesetzgeber, und nicht ein docirender Rechtsgelehrter sagt [4]); endlich die vorkommende Verpfändung des Pfandrechts, die pfandweise Bestellung ländlicher Dienstbarkeiten, und der Umstand, daß in der Verpfändung des ganzen Vermögens überhaupt alle und jede Rechte begriffen sein müssen [5]), was auch ausdrücklich anerkannt wird [6]), und daß die Verpfändung des ganzen Vermögens so angesehen werden soll, wie wenn von allen darin begriffenen Sachen jede für sich besonders verpfändet [7]) worden wäre.

An Rechten kann sowohl wirkliche Pfandbestellung als Hypothekbestellung geschehen; doch kommt es im Besondern

---

1) Welche Rechte ausgeschlossen sind, ist hiernach im Allgemeinen von selbst und leicht zu unterscheiden; im Besondern aber ist es schwieriger, s. §. 21.

2) Fr. 12. *de Pignoribus* und *Brisson.* v. utilitas.

3) Fr. 11. §. 2. *eod.*

4) C. 7. *de Heredit. vel act. vendita.*

5) Hepp a. a. O. S. 344.

6) C. 4. *Quae res pignori.*

7) Fr. 15. §. 1. *de Pignoribus.*

darauf an, ob Behufs der eventuellen Ausübung des Rechtes zu dem durch die Verpfändung beabsichtigten Zweck der Besitz der Sache, woran sie geschehen soll, möglich ist, oder nicht. Dort kann Hypothek und Pfand bestehen, hier nur die erstere; das gilt von den Foderungsrechten allein. Die sich hiernach gestaltenden Verhältnisse sind von denen für körperliche Pfänder ebenso wenig verschieden, als der Unterschied zwischen jenen für die Rechte aufgehoben. Der Beweis dafür ist sowohl aus solchen Stellen zu führen, welche unmittelbar davon handeln, wie es z. B. vom Nießbrauch heißt, daß er pignori hypothecaeve dari posse [1]), als daß die Zulässigkeit der Hypothekbestellung an städtischen Dienstbarkeiten, wie deren wirkliche Pfandbestellung versagt wird [2]), woraus auf das Gegentheil für die an ländlichen Grundstücken geschlossen zu werden pflegt [3]). Ueberhaupt drücken sich die Rechtsquellen in Bezug auf solche Verpfändungen nicht anders aus, als bei den körperlichen Sachen, weshalb ein durchaus analoges durchgreifendes Verhältniß anzunehmen ist [4]). Dagegen bedarf es, wegen der häufigen Verwechselung der Folgen aus der bloßen Hypothecirung und derer der wirklichen Pfandbestellung an Rechten, welche durch eine Quasi-Uebergabe Gegenstand der letztern werden [5]), einer genauen Unterscheidung. Da die einzelnen Rechte, und deren Classen, in Betreff der an ihnen möglichen Verpfändung einer besondern Erörterung unterworfen werden müssen, weil auch deren Natur und Wesen den Maaßstab für die Befugnisse des Gläubigers abgiebt, so wird jene mit dieser am angemessensten vereinigt werden. — Zu den allgemeinen Bemerkungen über die Verpfändung der Rechte gehört noch, daß dieselbe nur durch prätorischen Schutz besteht, und als ein nachgeahmtes Verhältniß nur analoge Klagen hervorbringen kann.

Für die folgenden Paragraphen sei noch bemerkt, daß andere als in ihnen abgehandelten Rechte [6]) nicht verpfändet

---

1) Fr. 11. §. 2. *de Pignoribus.*

2) Fr. 11. §. 3. und Fr. 12. *eod.* (s. nachher §. 21.)

3) Hepp a. a. O. S. 345.

4) s. meine pfandrechtl. Streitfragen S. 3.

5) Ders. S. 346.

6) Wir haben hier noch der Ver-

werden können, mithin nicht die unter Zahl 1. am Schluß von §. I. gestellten. Dem zufolge, was dort über die Eintheilung der Rechte überhaupt bemerkt worden, lassen sich die im nächsten Paragraphen behandelten Rechte auch nur unter einen negativen allgemeinen Begriff zusammenstellen, statt dessen wir es aber vorziehen, sie einzeln namhaft zu machen.

§. 21.

Von der Verpfändung der Dienstbarkeiten, der Emphyteusis und der Superficies[1]).

I. Die Dienstbarkeiten kommen auch hier nach ihrer Eintheilung in Grundstücks-Dienstbarkeiten und in persönliche in Betracht; für beide Arten wäre die Möglichkeit denkbar, daß sie entweder vom Eigenthümer erst pfandweise eingeräumt, oder vom Berechtigten eine bereits bestehende verpfändet würde, welche daher bei jeder einzelnen gleich dem etwa Statt habenden Unterschiede zwischen wahrem Pfand und Hypothek zu berücksichtigen ist. Soviel nun:

A. die pfandweise Einräumung einer Dienstbarkeit jeder Art durch den Eigenthümer angeht, so liegt darin, wie auch einstimmig anerkannt ist[2]), die Bestellung eines neuen,

---

pfändung der Militiae, d. h. Dienststellen, welche ursprünglich vom Kaiser und den Statthaltern verliehen wurden, und mit Gehalt verbunden waren (s. meine Schrift: Verzeichniß der Titel und Würden u. s. w. Anhang zum deutschen C. J. Bd. VII. h. v.), zu gedenken, die früher bezweifelt, nach *Nov.* LIII. Cap. 5. aber festgestellt ward, C. ult. *de Pignor.* und Auth. *de exhib. reis.* Sie waren veräußerlich und gingen auf die Erben über, waren also ein Vermögensstück. — Die s. g. Practiker und Theoretiker streiten über analoge Anwendbarkeit dieser Verpfändungsfähigkeit (Glück XIX. S. 302 ff.) z. B. auf solche Gläubiger, die Geld zur Erwerbung käuflicher Stellen, Canonikate, ja sogar zur Erlangung der Doctorwürde oder des Adels hergeschossen haben. Allein die Anwendung eines so innig mit dem Sitten- und Culturzustande eines bestimmten Zeitraums der römischen Geschichte verbundenen Begriffs, kann unter ganz veränderten volksthümlichen Verhältnissen offenbar nicht mehr Statt haben. Es fehlt sogar wegen des Umstandes, daß Canonikate u. s. w. nicht zu den Vermögensrechten gezählt werden können, an einem Vergleichspunkte.

1) Hierüber ist die sehr gelungene Darstellung von Büchel, Verpfändung der Jura in re, vorhanden (von S. 73. an), welcher ich in dieser Disciplin meistens gefolgt bin.

2) Büchel a. a. O. S. 74. vgl. *Donell.* l. l. p. 493.

bisher noch nicht bestandenen Gegenstandes für das Pfandrecht; denn die Befugniß, welche der Eigenthümer einräumen will, ist nur ein Ausfluß seines Eigenthumsrechts, und besteht nicht davon abgesondert bei ihm. Es fragt sich nun aber, wann eigentlich die Dienstbarkeit als bestellt zu betrachten sei? — Hierüber sind drei verschiedene Meinungen ausgesprochen worden; die Sache verdient um so größere Aufmerksamkeit, als es sich in dieser Frage zugleich um das Wesen des ganzen Pfandrechts daran handelt. — Die eine [1]) betrachtet die Dienstbarkeit mit der Verpfändung gleichzeitig bestellt; eine zweite [2]) behauptet, daß die Bestellung der Dienstbarkeit der Verpfändung vorausgehen müsse, weil dem Pfandrechte sonst der Gegenstand fehle. Eine dritte [3]) endlich sucht sehr richtig erst die Frage zu beantworten, wem die Dienstbarkeit zuständig sein könne, woraus sich dann ergiebt, wann überhaupt deren Begriff entstehe. Soviel ist zuerst unbestritten, daß die Grundstücks-Dienstbarkeiten bei dem Verpfänder nicht als bestehend zu betrachten seien, weil ihm sonst sein eigenes Grundstück dienen würde; dasselbe muß aber von den persönlichen gelten, die noch außerdem von dem Leben des Verpfänders abhängig gemacht würden. Dagegen hat man allgemein die Dienstbarkeit als bei dem Pfandgläubiger bestehend gedacht, und ihn also als Berechtigten betrachtet, und nur einige Abweichungen von den gewöhnlichen gesetzlichen Vorschriften gefunden, nemlich die sonst unzulässige Bestellung einer Dienstbarkeit auf Zeit, und die Möglichkeit deren Veräußerung. Nach der dritten vorgedachten Meinung würde jedoch das Abweichende neben mehrerm Andern hier vielmehr darin liegen, daß das Pfandrecht die Dienstbarkeit selbst, und diese jenes sein, m. a. W. daß ein Pfandrecht an eigner Sache im eigentlichsten Sinne bestehen würde. Wer die Dienstbarkeit als dem Pfandgläubiger zuständig betrachtet, verkennt die Natur des Pfandrechts; so wenig derselbe, wenn ihm der Eigenthümer eine

---

1) von Gesterding a. a. O. S. 70.

2) von Hepp im Archiv Bd. XV. S. 83 f.

3) Büchel S. 75 ff.

Sache verpfändet, deren Eigenthum erwirbt, sondern nichts weiter als das Pfandrecht, kann auch ein ihm verpfändetes Recht als ihm zuständig betrachtet werden; es ist ihm nur verpfändet; auch das pfandweise Einräumen einer Dienstbarkeit, als einer Befugniß aus dem intellectuellen Umfange des Eigenthums [1]), kann ihn daher nicht zum Dienstbarkeitsberechtigten machen. Das Pfandrecht gewährt ihm, wie sonst überall, nur entweder den Quasi-Besitz derselben, oder das Recht, diesen zu erlangen, zu welchem Ende die hypothekarische Klage als analoge Confessorienklage erscheint (s. §. 59.). Ganz analog ferner, wie bei der Verpfändung körperlicher Sachen der Pfandgläubiger befugt ist, das Pfand zu veräußern, und das Eigenthum auf den Käufer zu übertragen, muß er nun auch das Recht haben, die pfandweise eingeräumte Dienstbarkeit mit der Wirkung zu veräußern, daß sie dem Käufer vollgültig erworben wird. Daraus erhellt, daß eine pfandweise bestellte Dienstbarkeit **als solche** erst bei dem Käufer entstehen kann, vorher also noch gar nicht, vielmehr im Fall des eingetretenen Quasi-Besitzes nur deren Ausübung (also das Thatsächliche derselben) besteht, sondern dem Pfandgläubiger nur die Befugniß zuständig ist, jene künftig ganz ebenso für einen Andern als Recht herstellen zu können, wie das Eigenthum an einem körperlichen Pfande für den Käufer, während er selbst weder das Eine noch das Andere hat.

Das wirkliche Pfand im Gegensatz zur Hypothek in solchen Fällen ändert auch hieran gar nichts, sondern danach befindet sich der Pfandgläubiger nur in dem Quasi-Besitz schon vorher, den er bei geschehener Hypothekbestellung erst würde durch die modificirte hypothekarische Klage zu fodern gehabt haben [2]). Allerdings besteht dieser Quasi-Besitz im Gebrauch der Dienstbarkeit selbst [3]), allein man hüte sich, diese mit jenem für gleich zu halten; es ist vielmehr ein ähnliches Ver-

---

1) s. **Büchel** S. 78.

2) **Büchel** S. 84.

3) Fr. 20. *de Servitut.* — Ego puto, usum ejus juris (viae) pro traditione possessionis accipiendum. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. (JAV. 5. *ex poster.*)

hältniß, wie beim bittweise Besitzenden, vorhanden, der auch die Ausübung eines Rechts hat, und nicht dieses selbst [1]). Daß aber derselbe sich hier im Quasi-Besitz eines Rechts befindet, ehe dieses als solches selbstständig besteht, kann nicht auffallen, da Gleiches z. B. für Den eintritt, der, ohne berechtigt zu sein, im guten Glauben im Quasi-Besitz der Dienstbarkeit ist, so wie wieder für Den, dem derselbe vom Eigenthümer bittweise gewährt ist. — Nach dieser Ansicht von der pfandweisen Einräumung der Dienstbarkeiten, welche sich in den strengsten Gränzen einer durchaus folgerichtigen Analogie von den körperlichen Pfändern hält, schwindet alles, was die beiden ersten Meinungen, und mit ihnen noch mehrere der neuern Rechtslehrer, Abweichendes darin von gewöhnlichen Grundsätzen gefunden haben; der Grundsatz, daß eine Dienstbarkeit nicht auf Zeit bestellt werden könne, wird darum nicht verletzt, weil eine solche dem Gläubiger nicht bestellt ist, sondern nur ein Quasi-Besitz derselben, der ja, da er z. B. auch bittweise ertheilt werden kann, ohne allen Zweifel auf Zeit zulässig ist [2]). Ebensowenig steht die Regel von der mangelnden Veräußerungsbefugniß entgegen, denn der Pfandgläubiger veräußert ja nicht ein ihm zuständiges, sondern nur ein ihm verpfändetes Recht, d. h. nicht blos dessen Ausübung, die er factisch hatte, sondern das Recht dazu, die Dienstbarkeit selbst, und dieses Recht als solches wird also erst in der Person des Käufers wirklich.

Daß analog auch die Grundsätze von dem Zuschlag des Eigenthums für den Pfandgläubiger eintreten müssen (s. §. 56.), wenn eine Veräußerung nicht zum Zweck führt, scheint keinem gegründeten Zweifel zu erliegen.

Die bisher entwickelten allgemeinen Grundsätze auf die Arten der Dienstbarkeiten im Einzelnen, zusammengehalten

---

1) Fr. 2. §. 3. *de Precario.* — Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est ex hac solummodo caussa, quod preces adhibuit, et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat. (ULP. 71. *ad Ed.*) Fr. 3. *eod.* — Veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat, etc. (GAI. 25. *ad Ed. prov.*) Fr. 15. §. 2. *eod.* — Precario habere etiam ea, quae in jure consistunt, possumus, ut immissa vel protecta. (POMP. 29. *ad Sab.*)

2) Büchel S. 80.

mit den vorhandenen besondern gesetzlichen Vorschriften über dieselben, und ihrer sonstigen eigenthümlichen Natur gilt von diesen Folgendes.

1) Die pfandweise Einräumung einer Dienstbarkeit an einem ländlichen Grundstück wird ausdrücklich [1]) anerkannt und gestattet. Es findet sich dabei eine — übrigens der Sache ganz angemessene — eigenthümliche Mischung von Aufrechterhaltung vertragsmäßiger Verhältnisse über nach strengem Rechte dazu nicht geeignete Gegenstände und Festhalten an den wesentlichen Erfodernissen zum Begriff einer Dienstbarkeit. Denn die Bestellung eines solchen Pfandrechts ist nur an einen solchen Gläubiger denkbar, der ein so gelegenes Grundstück besitzt, daß es gegen das eventualiter dienende das herrschende sein könnte, und ist zugleich noch an die (freilich wohl regelmäßig Statt findende) Bedingung zu knüpfen, daß andere ebenso gelegene Geundstücke Anderer vorhanden seien, weil nur an diese eine Veräußerung, also Ausübung des Pfandrechts, möglich ist. Eine für das Bestehen eines solchen Pfandverhältnisses nothwendige Bedingung [2]) ist ferner offenbar die Fortdauer des Besitzes seines eigenen Grundstücks für den Gläubiger, oder wenigstens der Erwerb eines andern unter gleichen örtlichen Verhältnissen bei Verlust des erstern, weil dies die Bedingung zum Quasi-Besitz ist. Darauf ist nemlich sowohl aus der hieher gehörigen Stelle mit ziemlicher Sicherheit zu schließen, als es muß auch die Annahme vom Gegentheil zu den allerunzulässigsten Folgen führen. Der Pfandgläubiger, welcher ohnedies sein Grundstück veräußert, bringt sich also um sein Pfandrecht.

2) Die pfandweise Bestellung einer Dienstbarkeit an einem städtischen Grundstück hingegen ist ausdrücklich verboten [3]).

---

1) Fr. 12. *de Pignoribus.* — Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse, Pomponius ait, ut si talis pactio fiat, quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur — scilicet si vicinum fundum habeat, — et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat; quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. (PAUL. 68. *ad Ed.*)

2) Dieser Umstand ist m. W. noch nirgends berührt.

3) Fr. 11. §. 3. *de Pignoribus.* — Jura praediorum urbanorum

Ueber den Grund dazu sind sehr verschiedene Ansichten aufgestellt worden [1]). Cujacius [2]) will die betreffende Stelle von der Verpfändung einer schon bestehenden Dienstbarkeit verstanden wissen; dann müßte man aber die von den Dienstbarkeiten ländlicher Grundstücke handelnde Stelle ebenso verstehen, und die Frage bestände somit ungelöst fort. Vor allem kommt noch dawider in Betracht, daß eine solche Verpfändung überhaupt ganz unzulässig und unerweislich ist. Andere haben andere Erklärungen versucht. Die richtige ist jeden Falls, wie man in der Regel angenommen findet, in der Natur der Sache zu suchen [3]); und dabei hilft der in der Stelle selbst wider die Hypothekbestellung angegebene auf den rechten Weg. Bei der pfandweisen Einräumung einer Dienstbarkeit nemlich müssen jeden Falls die Befugnisse, welche eventualiter dieselbe bilden sollen, genau bestimmt sein, was sich bei dem wahren Pfande durch Quasi-Besitz am deutlichsten zeigt, weil etwas Unbestimmtes nicht besessen werden kann. Natürlich gilt dies von der Hypothek auch, denn diese führt ebenfalls zum Besitz, und die hypothekarische Klage muß auch auf etwas Bestimmtes gerichtet sein. Dieses ist aber nur bei Dienstbarkeiten an ländlichen Grundstücken möglich, denn nur die Befugnisse dieser lassen sich in ihrem objectiven Umfange so denken, daß sie auch einem andern Grundstücke Vortheil gewähren können, also einen absoluten Werth haben, während bei denen an städtischen Grundstücken das Gegentheil Statt hat.

3) Von den persönlichen Dienstbarkeiten ist die pfandweise Einräumung des Nießbrauchs ebenfalls ausdrücklich anerkannt [4]). Den vorher entwickelten allgemeinen Grund-

---

pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint. (MARC. *l. l.*)

1) Büchel S. 84 ff.

2) Observat. XV. Cap. 6.

3) Büchel S. 87 f.

4) Fr. 11. §. 2. *de Pignoribus.* — Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet. Et scribit Papinianus libro 11. resp. tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere, non esse ei jus uti frui invito se, tali exceptione eum praetor tuebitur, si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit, nam et quum emtorem ususfructus

sätzen gemäß wird auch hier nicht das Recht des Nießbrauchs in der Person des Pfandgläubigers begründet, dieses bleibt im Umfange des Eigenthums, sondern er hat nur dessen pfandweise Ausübung. Dies bezeugt die hieher gehörige Stelle unwiderleglich darin, daß sie ihm nicht zum Schutz seines Rechts gestattet, sich darauf zu berufen, jus sibi esse, uti frui, sondern nur auf die pignoris conventio. Daher erlangt der Pfandgläubiger nur das Recht an den gezogenen Früchten und Nutzungen, welches er durch deren Verpfändung selbst erlangt haben würde [1]), d. h. nur wieder ein Pfandrecht [2]), jedoch mit der Befugniß, diese selbst durch eigene Verwaltung zu ziehen, und der der Veräußerung. Es können also hier keine früheren, d. h. während der Zeit da blos eine Hypothek bestand, und ehe der Gläubiger in den Quasi-Besitz gekommen, gezogenen Früchte in Betracht fallen, (wenn gleich der Anfang des Pfandrechts nicht nach der Zeit da sie entstehen, sondern nach der Bestellung berechnet wird — s. übrigens §. 44. a. E.). Da nun der Pfandgläubiger nicht Nießbraucher wird, so ist der Nießbrauch und dessen Dauer auch nicht an seine Person geknüpft; das Pfandrecht geht mithin auf die Erben über mit der Foderung; der Vermuthung nemlich, als liege hier die stillschweigende Uebereinkunft vor, das Pfandrecht solle in einem solchen Fall nur so lange dauern, wie der Nießbrauch, wenn er in der Person des Gläubigers wirklich bestellt wäre, dauern würde, fehlt jeder rechtliche Grund. Der Pfandcontract ist hier darin von der Hypothek verschieden, daß er die Befugniß, die Früchte und Nutzungen selbst zu ziehen, sofort gewährt, so daß diese dann an Stelle von Faustpfändern treten. Die hypothekarische Klage gestaltet sich hier als utilis vindicatio ususfructus (s. §. 59. [3]) und stellt für den Gläubiger dasselbe Verhältniß

---

tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori objicietur exceptio. (MARC. *l. l.*)

1) Fr. 15. *de Pignoribus*. (S. 117.) Fr. 11. §. 3. *Qui potiores* (S. 117.) vgl. Hepp S. 347. 48.

2) Man vermeide also Verwechselung mit dem Gegennutzungsvertrag (Antichresis), wo die Sache selbst verpfändet und Fruchtgenuß an Stelle der Zinsen ist (s. §. 5.), und mit der der bloßen Verpfändung von Früchten, woran ein Nießbrauch bestehen könnte.

3) Büchel S. 89.

her, welches der Pfandcontract sogleich begründet, nemlich den Quasi-Besitz durch Ausübung der thatsächlichen Elemente des Nießbrauchs. Daß der Pfandgläubiger die gezogenen Früchte, für welche übrigens als wahre Pfänder auch die gewöhnlichen Rechtsmittel unbedenklich anzunehmen sind, nicht auf seine Foderung abrechnen, sondern aus deren Verkauf sich Befriedigung suchen dürfe, ist ebenso unbestritten, als die Ansichten darüber verschieden sind, ob, in welcher Weise, und mit welcher Wirkung dem Gläubiger im Fall der Nichtbefriedigung eine Veräußerung des Nießbrauchs zuständig sei [2]). Beim Mangel einer Entscheidung in den Quellen ist diese nur aus allgemeinen Grundsätzen zu gewinnen. Manche [3]), welche von der irrigen Vorstellung ausgehen, daß der pfandweise bestellte Nießbrauch als persönliche Dienstbarkeit in des Gläubigers Person bestehe, wollen eine Veräußerung derselben, die sie nur der Ausübung nach denken, nicht zulassen, weil sie dem Verpfänder die Absicht unterschieben, der Gläubiger solle nur die Früchte ziehen und veräußern dürfen; sie behaupten dabei einen Unterschied zwischen diesem Rechte der Veräußerung und dem eines andern Pfandgläubigers in Ansehung der Bedingungen für die Pfandveräußerung überhaupt, und leugnen die ganze Handlung als auf das Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner von Einfluß und als eine aus dem Pfandrecht entspringende Folge. Dadurch käme man aber zu dem Resultat, daß eigentlich nicht der Nießbrauch verpfändet werde, sondern ein ganz anderes Geschäft, etwa ein bedingt bestellter Nießbrauch vorhanden sei; daß also die allgemeinen Regeln von der Pfandveräußerung hier vollkommen analoge Anwendung leiden, kann nach dem rechtlich anerkannten Begriff von Pfandrecht am Nießbrauch nicht bestritten werden. Andere [3]), welche den verpfändeten Nießbrauch ebenfalls als bestehende Dienstbarkeit für den Pfandgläubiger ansehen, betrachten den Nießbrauch zwar der Ausübung nach, doch nur so lange er für den Gläubiger fortdauern würde, als veräußerlich. — Im

1) Büchel S. 91.
2) Gesterding a. a. O. S. 71 ff.
3) Hepp a. a. O. Bd. XIII. S. 347 ff. Bd. XV. S. 84 f.

Gegensatz zu beiden muß das, was wir vorher von der Entstehung pfandweise bestellter Dienstbarkeiten überhaupt gesagt haben, auch für den Nießbrauch gelten, d. h. der Pfandgläubiger hat das Recht, mittelst oder anstatt der Veräußerung die Dienstbarkeit des Nießbrauchs in der Person des Käufers zu bestellen; erst dann entsteht ein Nießbrauchsrecht, und das Thatsächliche desselben, was bis dahin der Gläubiger durch den Quasi-Besitz hatte, besteht nur darin, daß er die, Kraft dessen gezogenen Früchte als Faustpfänder behandeln darf. Nach der Veräußerung bleibt also dem Gläubiger nichts von dem Rechte zurück. Das alles ist nothwendige Folge aus den entwickelten allgemeinen Grundsätzen [1]). — Es entsteht jedoch hier noch die Frage von der Dauer des alsdann entstehenden Nießbrauchsrechts [2]), welche nur nach den allgemeinen Grundsätzen vom Pfandrecht und Nießbrauch zusammengehalten beantwortet werden kann. Die Richtigkeit der vorher gelehrten Verhältnisse zwischen dem Eigenthümer und Pfandgläubiger vorausgesetzt, haben beide bei der Contrahirung dieses Pfandrechts keine bestimmte Person vor Augen, welcher der Nießbrauch eintretenden Falls zustehen soll, sondern nur die rechtliche Möglichkeit für den Pfandgläubiger, nach Umständen zu veräußern. Das berechtigt zu der Annahme, daß jeder Käufer gleich sein solle, wer am meisten dafür zahlt, und auch der analoge Zuschlag des Eigenthums an den Gläubiger selbst nicht ausgeschlossen werde. Danach ist es also kein Anderer, als der Käufer

---

1) Eine mittelbare Stütze dafür liegt auch in C. 1. *Si pignus pignori.* — Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, jamdudum placuit, scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur, tamdiu in caussa pignoris manet ejus, qui dedit. Sed si vos usumfructum possessionis tantummodo pignori dedistis, isque qui accepit, alii eam possessionem, cujus usumfructum nexum habebat, sine vestra voluntate pignoravit, creditor ejus id, in quo pignoris vinculum non constitit, distrahens, dominio vos privare nequivit. — Wenn nemlich, sagt Büchel S. 93., hiernach auch der Gläubiger, welcher ein Afterpfand bestellt, dadurch etwas nicht verpfänden könne, was ihm selbst nicht verpfändet sei, so liegt doch darin, daß, wenn er nur den ihm wirklich verpfändeten Nießbrauch weiter verpfändet hat, der Aftergläubiger ihn durch Veräußerung würde vom Eigenthum definitiv haben trennen können.

2) Sie ist m. Wissens bis jetzt nirgends erhoben noch beantwortet worden.

selbst, welcher mit allen rechtlichen Folgen für und wider den in seiner Person als Recht entstehenden Nießbrauch als Berechtigter erscheint, und derselbe kehrt nach den, beziehungsweise auf seine Person angewendeten allgemeinen Grundsätzen zur Eigenheit zurück.

Dagegen kann dem Pfandgläubiger, wenn er sich im Quasi-Besitz befindet, nach Anleitung der Befugniß an einem körperlichen Pfande [1]), nicht versagt werden, vermöge Pfandrechts die Ausübung des Nießbrauchs zu verpachten, obgleich nicht als Nießbraucher, dem sonst diese Befugniß zusteht [2]). In wiefern er aber zum Ziehen der Früchte verbunden sei, wird in den einzelnen Fällen aus dem Uebereinkommen zu entnehmen sein; in Zweifel werden die Grundsätze von der Verpfändung fruchttragender Sachen zur Anwendung kommen, und der Unterschied der pfandweisen Bestellung des Nießbrauchs von letzterer Verpfändung zeigt sich in der That hauptsächlich in der endlichen Feststellung des Nießbrauchs als Dienstbarkeit in der Person des Käufers, während beide Rechtsgeschäfte vor der Veräußerung für den Gläubiger von gleichem Erfolge sind.

4) Ueber die pfandweise Bestellung anderer persönlichen Dienstbarkeiten findet sich in den Quellen nichts; die Analogie des Nießbrauchs ist also der einzige Leitfaden dafür. Hiernach scheint die Annahme durchaus zulässig, daß das Wohnen sowohl wie der Gebrauch in ganz gleicher Art wie der Nießbrauch pfandweise bestellt werden könne, d. h., damit dem Pfandgläubiger die Befugniß zustehen solle, für den Fall der Nichtbefriedigung durch Veräußerung beides als persönliche Dienstbarkeit für den Käufer zu bestellen; denn es steht dem auch nicht das geringste Bedenken entgegen.

B. Die Entscheidung der Frage: ob ein Dienstbarkeitsberechtigter eine bereits bestehende Dienstbarkeit, also als Recht verpfänden könne, ist einfacher und weniger schwierig.

---

1) Fr. 23. *de Pignoribus.*

2) Fr. 12. §. 2. *de Usufr.* Unrichtig wird diese Stelle dafür citirt, was wir mit der in der vorigen Anm. zu beweisen suchen, in der Tübinger krit. Zeitschrift Bd. VI. S. 371. von Wächter.

1) Die Verpfändung von Grundstücksdienstbarkeiten ist aus dem hier Platz greifenden, auch wohl allgemein anerkannten [1]) Grunde unzulässig, weil eine einmal bestellte Dienstbarkeit dieser Art weder dem Rechte noch der Ausübung nach vom herrschenden Grundstück getrennt werden kann; daher ist jede Ueberlassung jener an einen Andern unmöglich.

Mit dem Grundstück werden freilich die Dienstbarkeiten von selbst verpfändet, denn sie folgen ihm als Zubehör; der Pfandgläubiger erhält also auch eine analoge Klage zu deren Verfolgung [2]). (s. §. 59.)

2) Umgekehrt verhält es sich mit dem Nießbrauch, soweit bei ihm eine Ueberlassung der Ausübung an einen Andern überhaupt gestattet ist [3]); dessen Verpfändung, als die eines bestehenden Rechts, ist ausdrücklich anerkannt [4]). Die Entwickelung der dadurch eintretenden rechtlichen Verhältnisse hat gar keine Schwierigkeiten, weil der Nießbrauch hier schon als Recht in bestimmten Grenzen besteht. Der Nießbraucher kann dieses Recht bekanntlich keinem Andern abtreten, sondern nur dessen Ausübung, sei es durch Verkauf, Cession, Pacht, oder sonst ein geeignetes Rechtsgeschäft [5]); hieher gehört auch die Verpfändung. Der Pfandgläubiger wird aber so wenig dadurch Nießbraucher, wie der Käufer; sein Pfandrecht gewährt ihm nur, entweder beim Pfandcontract sogleich, oder bei bestellter Hypothek, nach angestellter analoger hypothekarischer [6]) Klage den Quasi-Besitz des Nießbrauchs, der sich in dem Früchteziehen gerade so äußert, wie vorher von dessen pfandweiser Einräumung gesagt ist, und

1) s. bei Büchel S. 95. Anm. 2.

2) Fr. 16. *de Servitutibus.* — Ei qui pignori fundum accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari sicuti ipsius fundi utilis petitio datur. (JUL 49. *Dig.*)

3) s. Büchel S. 96.

4) Fr. 11. §. 2. *de Pignoribus* (s. o. S. 126.)

5) s. Fr. 12. §. 2. *de Usufructu.* — Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fundum concedere, vel locare vel vendere potest etc.

6) Auch diese stellt sich hier wieder als utilis confessoria dar, Büchel S. 98., und zwar auch gegen den Verpfänder selbst, wenn er im Besitz der Sache ist; denn er erscheint dann nicht nur als Berechtigter zum Nießbrauch, und also insofern etwa die utilis confessoria gegen ihn undenkbar und unmöglich, sondern als Besitzer zunächst dem Pfandgläubiger verpflichtet, der ihn also auf den Grund seines eigenen ihm pfandweise überlassenen Rechts in Anspruch nimmt.

auch das Recht, den Nießbrauch selbst ebenso zu veräußern, wie es der Nießbraucher gekonnt hätte, d. h. seine Ausübung [1]).

Der Nießbrauch dauert inzwischen immer in der Person des Nießbrauchers als Recht und von ihr abhängig fort, weshalb auch alle Erlöschungsarten desselben, die für ihn eintreten, den Pfandgläubiger oder Käufer mittreffen [2]). — Nur dürfte hievon die Vereinigung desselben mit der Eigenheit in der Person des Verpfänders anzunehmen sein; in diesem Fall muß fingirte Fortdauer des Nießbrauchs in der Person des vormaligen Nießbrauchers angenommen werden [3]).

3) Soviel endlich die übrigen persönlichen Dienstbarkeiten, mit Ausnahme der veralteten Sklavendienste, angeht, so wird eine Verpfändung des Gebrauches ebenso einstimmig verworfen, als die des Wohnens anerkannt [4]). Der Unterschied wird aus dem Begriff des Gebrauchs, als dem des Selbsteinwirkens, erklärt, denn ohne eigenes Handeln des Berechtigten ist kein Gebrauch denkbar, sondern nur ein Genuß (fructus). Darum soll er auch nicht in Ansehung

---

1) Dieselbe Meinung, deren S. 128. gedacht ist, will auch hier von der Veräußerung des Nießbrauchs (d. h. seiner Ausübung) nichts wissen, sondern dem Gläubiger nichts als Fruchtgenuß verstatten. Worin unterschiede sich dann aber das Pfandrecht am Nießbrauch von dem an einer fruchttragenden Sache? (beides durch Pfandcontract übertragen gedacht.) Auch hier ist vielmehr gar kein Grund vorhanden, von den gewöhnlichen Bestimmungen und Folgen der Verpfändung abzuweichen, und daher jener Ansicht auch, seitdem sie verlautbart worden, sogleich widersprochen worden, s. Hepp a. a. O. Bd. XIII. S. 347. XV. 84. Büchel S. 97. Anm. 2.

2) Fr. 8. pr. *Quibus modis pignus* etc. — Sicut re corporali exstincta, ita et usufructu exstincto pignus hypothecave perit. (MARC. *l. l.*)

3) Es giebt nemlich kein anderes Mittel, den Pfandgläubiger und den Käufer zu schützen, und beide würden ohnedies der Willkühr des Verpfänders Preis gegeben; denn für den, welcher den Nießbrauch verpfändet, wäre dann der Erwerb der Eigenheit ein sehr bequemes Mittel, sich des Pfandrechts und, was die Hauptsache ist, der Hauptschuld zu entledigen. Wenn nemlich der Gläubiger durch den Verkauf des Nießbrauchs befriedigt ist, so erlischt natürlich die Hauptfoderung durch die Zahlung von Seiten des Käufers, und wenn dann der Verpfänder diesem den Streich spielen könnte, ihn durch Erwerb der Eigenheit um den Quasibesitz des Nießbrauchs zu bringen, so wäre er auf gesetzliche Weise um das Seinige geprellt.

4) s. Thibaut Versuche S. 22—25., Wening a. a. O. Th. I. S. 400. *Mühlenbruch* Doctrina Pandect. §. 305. Büchel a. a. O. S. 96. (3.) f.

der Ausübung auf Andere übertragen werden können [1]). Mit dem Wohnen soll dies anders sein; denn nach der ausdrücklichen Bestimmung Justinians [2]) darüber, ist eine entgeldliche Ueberlassung desselben an Andere dem Berechtigten gestattet [3]). Hieraus hat man in Verbindung mit der Regel: daß zu dem Genuß von einer Sache auch die Befugniß gehöre, sie zu verpfänden [4]), auf die Zulässigkeit einer Verpfändung des Wohnens von Seiten des Berechtigten geschlossen. Wir sind aber der Ansicht, daß diese Beweisführung nicht gelungen sei, sondern die rechtliche Natur des Wohnens eine Verpfändung desselben verbiete. Das römische Recht ist sich nemlich, bis auf die gedachte Constitution, darin völlig gleich geblieben, daß der Berechtigte das Wohnen auf keine Weise einem Andern zugestehen dürfe, sondern es durchaus selbst ausüben müsse [5]); jene gestattete nur ausnahmsweise das Vermiethen Dem, der durch Vermächtniß das Wohnen erhalten habe. Daß diese Verordnung streng, d. h. so ausgelegt worden sei, sie solle nur auf den Vermächtnißinhaber und keinen Andern gehen, dagegen mögte sich nun nicht nur überhaupt nichts einwenden lassen, indem man sich streng an die Worte halten würde, sondern es läßt sich dies auch aus der spätern Ausdehnung derselben erweisen [6]), daß nemlich jedem Berechtigten das Vermiethen gestattet sein solle, er möge das Wohnrecht auf eine Weise erhalten haben, gleichviel welche. Danach ist man aber gewiß auch genöthigt, hier stehen zu bleiben, und ein Weiterfolgern Willkühr; mithin dem zum Wohnen Berechtigten nichts weiter an Befugnissen eingeräumt, als das Vermiethen. Das Verpfänden muß ausgeschlossen bleiben.

---

1) Büchel S. 97. Anm. 1.

2) C. 13. *de Usufructu et habit.* Et si quidem habitationem quis reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est, et dari legatario etiam locationis licentiam, etc. §. 5. J. *de Usu et hab.*

3) Ueber den Grund, warum eine unentgeldliche Benutzung nicht zugelassen worden, ist man verschiedener Meinung; s. die Hypothese bei Thibaut a. a. O. S. 29 ff.

4) Fr. 49. *de Usuris.*

5) §. 1. J. *l. l.* Fr. 4. 8. pr. 11. *eod.*

6) §. ult. J. *eod.*

Was vorstehend von den eigentlichen Dienstbarkeiten, d. h. den römisch-rechtlichen, gesagt ist, muß auch auf die deutsch-rechtlichen im Allgemeinen volle Anwendung leiden, und eine Verpfändung derselben hiernach beurtheilt werden.

II. Daß eine Emphyteusis, auch genannt Vectigalacker [1]), sowie eine Superficies, und zwar auch hypothekweise, unbeschadet des Canons [2]), verpfändet werden könne, ist ebenso unbestritten [3]), als man seither darüber uneinig gewesen ist, was hier eigentlich verpfändet werde, das Recht, oder die Sache [4]). Die verschiedenen Meinungen sind darüber einverstanden, daß die Entscheidung für das Eine oder das Andere keineswegs von practisch wichtigen Folgen sei, sondern die Sache dem Pfandgläubiger in dem Umfange des Rechtes des Verpfänders (gleichwie beim prätorischen oder widerruflichen Eigenthum) hafte, also als Superficies, und als Emphyteusis; dieses versteht sich aber von selbst, und liegt in dem Begriff der Verpfändung eines solchen Grundstücks, mithin läuft es zuletzt auf einen Wortstreit hinaus. Da nun aber der unmittelbare Gegenstand der Emphyteusis wie der Superficies in dem körperlichen Grund und Boden oder Gebäude besteht, auch in Bezug auf beides nicht eine possessio und vindicatio juris, sondern corporis vorkommt, so ist ohne Zweifel der fundus, die Sache selbst, hier verpfändet [5]). Ganz mit Unrecht versucht man daher die klaren Worte der römischen Rechtsgelehrten, welche bei

---

1) Rubr. Tit. *Si ager vectigalis i. e. emphyteuticar. petatur.*

2) Fr. 17. *de P. A.*

3) Fr. 16. §. 2. *de P. A.* — Etiam vectigale praedium pignori dari potest, sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur. (PAUL. 29. *ad Ed.*) Fr. 13. §. 3. *de Pignoribus.* — Et in superficiariis legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem, sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit, sive etiam possessio tradita fuerit, deinde amissa sit. (MARC. l. l.) coll. C. 3. *de Jure emphyteut.* Fr. 31. *de Pignoribus.* Fr. 15. *Qui potiores.* Fr. 71. §. 6. *de Legatis* I.

4) s. Gesterding a. a. O. S. 69. Hepp angef. Recension desselben S. 491. Ders. im Archiv Bd. XIII. S. 344. u. XV. S. 80 ff. — Mühlenbruch §. 305. Anm. 6. scheint die Sache zu verstehen. Besonders s. aber Büchel S. 122 ff.

5) vgl. Büchel S. 126.

Verpfändungen der Art stets des fundus als verpfändet gedenken [1]), so zu deuten, als sei der darin genannte Pfandgegenstand nur sprachlich und nach der Gewohnheit, die Sache statt des daran Statt findenden Rechtes zu nennen, zu erklären, und das Berufen auf **Fr. 71. §§. 5. 6.** *de Legatis* I. verkennt deren Sinn:

> Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat petique possit videamus. Et Julianus lib. **38.** Dig. scribit, quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen quia aliquod jus in eo is, qui legavit habet, valere lagatum. §. **6.** Sed etsi non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id jus, quod in vectigalibus fundis habemus. (ULP. **51.** *ad Ed.*)

Denn einmal würde diese Stelle nur erklären, wieweit der Rechtsumfang einer Verfügung des Berechtigten und seiner Nachfolger ginge, was mit dem vorher Gesagten ganz im Einklang steht und dies bestätigt [2]), und dann ist zu berücksichtigen, daß sie eine ausdrückliche Beziehung auf eine letztwillige Verordnung hat, von deren Auslegung (z. B. wenn der Testator wissentlich fremde Sachen vermacht) bekanntlich besondere Regeln gelten, mithin darin die proprietas dem wahren Rechtsverhältniß über den Gegenstand des Vermächtnisses darum, (also nur zu dessen Erklärung,) entgegengesetzt, damit man bei dem vermachten Vectigalacker nicht etwa auf den Gedanken gerathe, daß der Erbe denselben als freies Eigenthum gewähren solle.

Das Pfandrecht ist also hier überall durch das eigenthümliche Rechtsverhältniß über die Emphyteusis oder Superficies bedingt [3]); die hypothekarische Klage erscheint in dem Gewande der analogen Eigenthumsklage [4]). Das Pfand-

1) s. Anm. 3. S. 134.

2) Vgl. noch Fr. 15. §. 20. *de Damno infecto.* — ut (immissus) eodem jure sit, quo foret is, qui non caverat.

3) Fällt die Emphyteusis mit einem Pfandrecht an den Grundherrn zurück, welches er anerkennen muß, so haftet sie nur als solche fort, nicht als freies Eigenthum.

4) Büchel S. 126.

recht ist auch abhängig von der Dauer des Rechts des Verpfänders [1]).

Eine sehr überflüssige Frage ist es, ob das Eigenthumsrecht verpfändet werden könne [2]), und sie ist nicht blos darum zu verneinen, weil der Eigenthümer die Sache auch dann verpfänden kann, wenn er sie nicht besitzt [3]), sondern als müßig zu betrachten, weil beim Mangel einer andern Auslegung hier der Begriff des Eigenthumsrechts mit dem Eigenthum zusammenfallen muß, also die Verpfändung des erstern nicht ungültig, sondern der des Eigenthums, m. a. W. der Sache selbst, gleich zu achten und letztere damit gemeint ist.

§. 22.

Von der Verpfändung der Foderungsrechte.

Foderungsrechte, Obligationes, wahre Nomina, können auch verpfändet werden [4]), doch nur durch Hypothekvertrag [5]); das Faustpfand ist hier ausgeschlosseu, weil ein Quasi-Besitz nicht zu denken ist. Hievon kann auch die Uebergabe der Schuldurkunde an den Pfandgläubiger [6]), wenn dergleichen vorhanden (denn nothwendig ist deren Vorhandensein für die Verpfändung keineswegs,) keine Ausnahme

---

1) Fr. 31. *de Pignoribus.* — Lex vectigali fundo dicta erat, ut si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum rediret: postea is fundus a possessore pignori datus est. Quaesitum est an recte pignori datus esset? Respondi, si pecunia intercessisset pignus esse. Item quaesitum est, si quum in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent, et propterea pronuntiatum esset, fundum secundum legem domini esse, cujus potior caussa esset? Respondi: si ut proponeretur, vectigali non soluto jure suo dominus usus esset, etiam pignori jus evanuisse. (SCAEV. 1. *resp.*)

2) s. bei Gesterding a. a. O. S. 68.

3) Wie derselbe will. Freilich verwechsele man hier nicht, die allerdings zulässige Verpfändung der bloßen Proprietas, Fr. 18. *de P. A.* Der zu ihr hinzukommende Nießbrauch wächst dann dem Pfande zu.

4) Fr. 18. pr. *de P. A.* C. 4. *Quae res pignori.* C. 7. *de Hered. vel act. vend.*

5) *Gaupp* de nominis pignore p. 31. *Huschke de pignore nominis* p. 14. *Gaj.* II. §. 28. Incorporales res traditionem non recipere manifestum est. Fr. 3. pr. *de A. vel A. P.* §. 40. *J. de Rer. divis.*

6) *Gaupp* l. l. p. 32. Mühlenbruch Cession S. 184. 295.

machen, noch die von auf den Briefsinhaber lautenden Staats- (und anderen) Schuldscheinen und Banknoten, welche übrigens als Pfandgegenstand beim Eingehen des Pfandvertrages namhaft gemacht, die Foderung [1]), worüber sie lauten, bedeuten. Denn die Uebergabe einer Schuldurkunde bei Verpfändung der Foderung aus ihr, ist für nichts als eine hergebrachte Sitte sowohl bei den Römern, als noch heutzutage zu halten [2]), auch etwa um den Beweis und die Legitimation zu erleichtern; freilich wird sie nur bei besondern und nicht bei Verpfändungen eines ganzen Vermögens vorkommen. Schuldscheine auf den Briefsinhaber diesen gleich zu achten, kann kein Bedenken finden; mehr vielleicht die Banknoten, Cassenanweisungen u. dergl., die im Handel und Wandel freilich dem baaren Gelde gleich geachtet werden. Allein in rechtlicher Hinsicht können sie dennoch für nichts weiter als Staatsschuldscheine betrachtet werden, weil sie keinen absoluten Werth haben; und das muß auch von andern ähnlichen Erscheinungen, welche das Bedürfniß (Nothmünze) oder die Mannigfaltigkeit der Geschäfte bei ausgebildetern Verhältnissen des Handels und Wandels in neuerer Zeit hat erscheinen lassen, gelten. Nur hüte man sich, hier Zahlungsanweisungen und andere ähnliche Geschäfte gleichen Ursprungs, wie des eben gedachten, mit Verpfändungen zu verwechseln.

Es fragt sich aber, was durch die Verpfändung eines Foderungsrechts eigentlich verpfändet sei, worüber in neuerer Zeit lebhafte Erörterung gepflogen worden ist, und zwar besonders in Bezug auf die Zusammenstellung des Nomen mit der Res debita [3])

Nomen ist soviel als debiti obligatio (nicht obligatio, deren Verpfändung auch niemals vorkommt, sondern jener Begriff in einseitiger Anwendung auf den Schuldner, also nomen sc. debitoris [4]), mithin nicht id, quod debe-

---

1) Arg. Fr. 44. §. 5. *de Legatis* I.

2) Fr. 20. *de Pignoribus.*

3) Vergl. *Gaupp* l. l. p. 8 sq. *Huschke* l. l. pr. Meine gen. Schrift S. 12.

4) Die Geschichte dieses Begriffs und der Benennung muß als hinlänglich bekannt vorausgesetzt werden.

tur oder res debita [1]). Ursprünglich auf Darlehne in Geld, und zwar besonders aus Handschriften bezüglich, ist der Begriff nachmals auf alle Vertragsfoderungen ausgedehnt worden [2]), und es wird ausdrücklich zwischen pecuniarium und corporis alicujus nomen unterschieden [3]). Eine ganz andere Frage ist aber die, ob durch die Verpfändung einer res debita, wohl zu merken im Gegensatz zur pecunia debita, die niemals als körperlich gedacht bei Verpfändungen, (z. B. wenn es hieße: ich setze dir die hundert Thaler zum Pfande, die ich an Titius zu fodern habe,) anzunehmen ist, sondern stets nur das Nomen bezeichnen kann [4]), — das Nomen, das Foderungsrecht, Kraft dessen sie von ihrem Besitzer gefodert werden kann, als mitverpfändet zu betrachten sei. Diese Frage wird, und zwar wohl allgemein, verneint, besonders aber von den beiden Rechtsgelehrten [2]), welche von dieser Lehre überhaupt und am ausführlichsten gehandelt haben. An Gründen dafür aber mangelt es gänzlich, und was sich statt solcher aufgeführt findet, beruht auf Irrthum. Zuerst nemlich wird jene Verneinung damit in Verbindung gebracht, daß kein Nomen stillschweigend verpfändet werden könne. Allein dazu fehlt jeder Beweis, und nichts berechtigt, von den gewöhnlichen Regeln der stillschweigenden Verpfändung (s. §. 26.) abzuweichen, wenn sonst Handlungen oder Worte vorgefallen sind, aus welchen auf eine solche geschlossen werden muß. Der zweite Grund beruhet auf einer irrigen Ansicht von der Verpfändung der res debita überhaupt. Man hat nemlich die Verpfändung einer res debita, als einer res aliena, für eine bedingte genommen, d. h. die Verpfändung entweder als auf die Bedingung gestellt, oder wenigstens diese stillschweigend hineinzulegen angenommen: wenn der Ver-

---

1) Den Beweis hiefür aus C. 6. *Famil. erciscundae.* Fr. 1. §. 7. ad *Leg. Falcid.* und über die nicht entgegenstehenden, nur erklärenden Fr. 59. *de Legatis* III. Fr. 44. §. 6. *de Legatis* I. coll. C. ult. *de Pactis conv.* s. in meiner Schrift S. 12 f.

2) *Huschke* und *Gaupp* l. l. S. jedoch auch Hepp Recens. S. 518.

3) Fr. 18. *de P. A.*

4) *Huschke* S. 120. Anm. m. S. aber u. S. 144.

pfänder das Eigenthum daran erworben haben werde [1]). Allein man bedenke nur, daß, da dies nicht ohne Willen des Verpfänders geschehen kann, die ganze Bedingung in seinen Willen gesetzt sein würde, eine solche aber gar keine Bedingung mehr ist, sondern Mangel eines wesentlichen Erfodernisses für die Willenserklärung (s. u. §. 44.) zur Eingehung des in Rede stehenden Geschäfts selbst [2]). Würde dies nun bei ausdrücklich geschehener Verpfändung unter einer solchen s. g. Bedingung der Fall sein, so kann dieselbe auch nicht stillschweigend vermuthet werden, weil sie nur auf einer Rechtsanalogie beruhen dürfte. Daß, wenn eine Sache, welche res debita ist, vom Gläubiger seinem Gläubiger verpfändet wird und er sie nachher wirklich erwirbt, die Verpfändung als gültig geschehen angenommen werde, muß daher einen andern Grund haben; diesen zeigt das römische Recht deutlich genug darin an, daß es die Verpfändung einer fremden Sache zulässig findet, **wenn** sie res debita sei, d. h. mit andern Worten nichts weiter, als **weil** sie res debita sei.

---

1) Huschke und Gaupp a. a. O. Hepp im Archiv XIII. 363.

2) Man muß sich freilich hier nicht durch Fr. 16. §. 7. *de Pignoribus* (s. o. S. 84.) irre leiten lassen (s. o. §. 16. zu Anf.) Das römische Recht hat die Verpfändung der res debita nirgends mit der Bedingung, si debitoris facta fuerit, zusammengestellt, sondern von derselben ganz unabhängig behandelt, ja ihr sogar entgegengesetzt, wie Fr. 1. pr. *de Pignoribus* (s. o. S. 88.) deutlich zeigt. Denn für die postea quaesita, die futura, gilt freilich die stillschweigende Bedingung, si debitoris facta fuerint, das liegt schon in der Formel quae habiturus sum. Für eine solche einzelne, d. h. eine futura, soll nun die Bestellung eines besondern Pfandrechts nach Fr. 16. §. 7. *d.* unter der ausdrücklich hinzugesetzten Bedingung gelten: si deb. facta fuerit; aber das ist ja keine Bedingung im rechtlichen Sinne, sondern die hier geschehene Voraussetzung vertritt nur ein wesentliches Erfoderniß zum Pfandrecht, die Sache selbst, ohne welches ein solches im Voraus gar nicht bestellt werden könnte. Darum fällt auch der Anfang eines solchen Pfandrechts mit dem an rebus futuris zusammen, d. h. erst wenn der Gegenstand vom Verpfänder erworben ist. Es steht mithin, wenn die Verpfändung einer fremden Sache unter der Bedingung, si debitoris facta fuerit, geschehen ist, die Sache selbst, als Erfoderniß zum Pfandrecht, auf einer ganz parallelen Stufe mit derjenigen bedingten Foderung, für welche inzwischen noch keine Obligation besteht, sondern diese erst mit dem künftigen Debitum selbst anhebt, und die ganze Wirkung beider beruht eigentlich nur darin, daß, wenn künftig der vorausgesetzte Fall eintritt, die Pfandbestellung nicht wiederholt zu werden braucht (s. o. S. 56.), sondern als im Voraus getroffen von nun an besteht.

Aus den Stellen nemlich, wo ihrer gedacht wird, ist überall soviel klar, daß sie keineswegs als etwas in der Willkühr des Verpfänders Beruhendes zu betrachten ist, sondern als etwas von Anfang der Uebereinkunft an Gültiges, und jener Willkühr Entzogenes. Daß der Verpfänder ein Recht darauf habe, d. h. sie zu fodern, also sie für ihn der Gegenstand eines Nomen sei, ist klar und erhellt aus dem vorher Gesagten. Behielte er dies seiner Willkühr und seiner Verfügung unterworfen, was Die zugeben müssen, welche eine Bedingung der Erwerbung des Eigenthums annehmen, so stände es, in Ermangelung der Möglichkeit, ihn zur Abtretung der Klage zu zwingen, in seiner Macht, dem Gläubiger den Gegenstand seines Pfandrechts für immer zu entziehen. Ein solches Verhältniß kann doch bei Verpfändung einer res debita nimmermehr als von den Contrahenten beabsichtigt gedacht werden. Diese will Sicherheit herstellen für den Gläubiger; eine solche ist aber unter den obwaltenden Umständen unmöglich, sobald nicht auch das Verfügungsrecht über die Foderung, deren Gegenstand jene Sache ist, dem Gläubiger miteingeräumt wird. Da nun ein Pfandrecht an rebus debitis nach römischem Rechte wirklich besteht, ohne daß in Ansehung seiner absoluten Wirksamkeit der geringste Unterschied gegen andere Pfandrechte angedeutet würde, so muß daraus die Folge fließen, daß mit ihr auch das Nomen verpfändet sei.

Daraus gewinnen wir das Resultat: die Verpfändung einer res debita steht der Verpfändung eines Nomen ihrer rechtlichen Natur nach gleich.

War dies eine Nothwendigkeit aus der dieser Verpfändung zum Grunde zu legenden Absicht der Contrahenten, und Folge der eingreifenden rechtlichen Grundsätze, dies Geschäft nicht bloß zu erklären, sondern auch aufrecht und seinem Zweck entsprechend zu erhalten, so werden sich bei der Verpfändung des Nomen auch dieselben geltend machen. Dort war nemlich vorausgesetzt, daß die Worte des Pfandvertrags den Pfandgegenstand in der Art bezeichnen, daß zunächst die res debita selbst genannt oder zu verstehen, der Foderung auf sie aber nicht gedacht war, weil sonst auch deren Ver-

pfändung nicht bezweifelt werden könnte; indessen könnte es selbst von keinem Einfluß sein, wenn widersinniger Weise das Nomen von der Verpfändung ausgeschlossen worden wäre, weil das Geschäft, wenn diese Ausnahme als wesentliche erschiene, nichtig sein würde; da es aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen so lange als möglich aufrecht zu erhalten ist, so muß angenommen werden, daß hier das Nützliche nicht durch das Unnützliche beeinträchtigt werde. — Hier muß nun das Nomen als verpfändet vorausgesetzt und bezeichnet gedacht werden, sei es mit diesem Ausdruck, oder dem der Foderung, der Klage, oder auf andere unzweideutige Weise. Es kann nicht in Abrede gestellt werden, wenn man danach fragt, was sich der gesunde Menschenverstand, abgesehen von allen hinzukommenden positiven Rechtsbegriffen, bei einer solchen Verpfändung denkt, daß jeder Pfandgläubiger den Gegenstand und die Ausübung des Foderungsrechts vor Augen habe, und es wird sich hiernach nur um die Anwendung der einschlagenden positiv-rechtlichen Grundsätze im Allgemeinen und der des Pfandrechts im Besondern handeln. Offenbar ist nach dem Gegenstande des Foderungsrechts hier ein Unterschied zu machen; besteht er in einer s. g. nichtfungibeln Sache, d. h. einer solchen, die für sich so bestimmt bezeichnet ist, daß nicht jedes gleiche oder ähnliche Exemplar dem Betheiligten gleichgültig ist, so kann nur angenommen werden, daß die Contrahenten gerade diese Sache einschließlich des Rechts sie zu fodern vor Augen gehabt und gewollt haben, daß die Sache in der Beschaffenheit, wie der Verpfänder ein Recht darauf hat, folglich mit diesem, m. a. W. als res debita, verpfändet sein solle. Gerade das Umgekehrte findet mit fungibelen Sachen, die gezählt, gewogen und gemessen werden, Statt; denn hier ist nur eine Summe mit dem Rechte, sie zu fodern, verpfändet, welches der Verpfänder wirklich hat, ohne daß die einzelnen Stücke, welche sie bilden, als bestimmte gedacht werden können, weil man diese noch gar nicht kennt; mithin ist hier nur etwas in der Vorstellung Beruhendes verpfändet, auf dessen Verwirklichung zwar ein rechtlicher Zwang Statt findet, aber dieselbe kann in beliebigen Gegenständen einer

gewissen Classe geschehen, deren einzelne Exemplare als solche in keinen Betracht kommen. Soll dies möglicher Weise dennoch der Fall sein, so muß es auf besondern positiv-rechtlichen Vorschriften beruhen.

Die Verpfändung der Foderungsrechte war früher im römischen Rechte wirkungslos [1]). Als man sich aber daran gewöhnt hatte, die Ausübung der Foderungen als ein übertragbares Recht anzusehen, fing die Verpfändung der Foderungen ebenfalls an, prätorischen Schutz zu finden, — denn nur durch diesen besteht sie [2]), — d. h. man verband mit ihr die Vorstellung, daß dem Pfandgläubiger im Fall der Nichtbefriedigung die Befugniß zustehen solle, den Gegenstand der Foderung einzuziehen, oder sie zu veräußern. Hieher gehören folgende Stellen:

Fr. 18. *de P. A.* — Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicujus, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco. (PAUL. 29. *ad Ed.*)

Fr. 20. *de Pignoribus.* — Quum convenit, ut is, qui ad refectionem aedificii credidit, de pensionibus jure pignoris ipse creditum recipiat, etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet, cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit. (ULP. 63. *ad Ed.*)

C. 4. *Quae res pignori* etc. — Nomen quoque debitorum pignorari et generaliter et specialiter posse jam pridem placuit. Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti, ille cujus nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus,

1) Mühlenbruch Cession S. 183 f.

2) Fr. 18. pr. *de P. A.*

utilibus actionibus satis tibi facere, usque ad id, quod tibi deberi a creditore ejus probaveris, compelletur, quatenus tamen ipse debet. (225.)

C. 7. *de Hereditate vel actione vendita.* — Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori dentur, ordinarium visum est, post nominis venditionem utiles emtori, sicut responsum est, vel ipsi creditori postulanti dandas actiones [1]). (*Diocl.*)

Die Verpfändung eines Foderungsrechts ist also, die für den Fall der Nichtbefriedigung vom Gläubiger aus dem Nomen, d. h. dem Verpfänder, auf seinen eigenen Gläubiger übertragene Befugniß, sein Klagrecht wider den verpfändeten Schuldner auszuüben, jedoch einerseits nur in der Ausdehnung seiner eigenen Foderung, und andererseits, wenn diese größer sein sollte, als die verpfändete, in dem Umfang dieser [2]). — Zur Beurtheilung des hieraus entstehenden Verhältnisses kommt die Natur der Obligationen wesentlich in Betracht. Eine Obligation besteht ihrem Wesen nach nur in der Klage, mittelst deren der Berechtigte sein Beziehungsverhältniß zu einer Person oder Sache, an denen er außerdem ein Recht nicht hat, geltend macht [3]). Eine solche kann bekanntermaßen wirklich nicht veräußert, sondern nur durch Abtretung der Klage auf einen Andern übertragen werden, weil es eben das Characteristische der Obligationen ist, daß, wenn sie in der Person des seitherigen Gläubigers oder Schuldners aufgehört haben, sie gänzlich

---

1) Es scheint unmöglich, daß Jemandem einfallen könne, die Befugniß zur Veräußerung des Nomen durch den Gläubiger zu leugnen; doch ist dies der Fall, Gesterding S. 77. ist es, der das lehrt, und versichert, daß die römischen Gesetze der Veräußerung nirgends gedenken. Wenn nicht die Veräußerungsbefugniß schon in der Natur des Pfandrechts beruhte, deshalb es also eines unmittelbaren Beweises gar nicht bedürfte, so brauchte man nur die obige Stelle und Fr. 15. §. 10. *de Re judicata* zu lesen, deren erstere Gesterding auf derselben Seite, nur zu anderm Zweck, citirt. Nach ihm stände in der That die Verpfändung eines Nomen dessen bedingter Abtretung ganz gleich. S. noch Hepp angef. Recension S. 492 f.

2) Fr. 13. §. 2. *de Pignoribus*, f. u. §. 23.

3) Büchel Natur des Pfandrechts S. 97 ff.

erloschen sind, mithin nicht in der Art abgetreten werden können, daß der bisherige Gläubiger dies zu sein aufhört, sondern nur das Recht auf einen andern übertragen werden kann, sie geltend zu machen. Wenn man diese Rechtswahrheiten auf die Verpfändung eines Nomen, eines Foderungsrechts, anwendet, so erhellt, daß dieses Rechtsgeschäft complicirter Natur sei [1]).

Fürs Erste folgt hieraus, daß, wenn das Nomen verpfändet wird, damit an sich nichts weiter als eine Klage verpfändet ist. Dem Zweck der Verpfändung, d. h. der beabsichtigten Sicherheit für den Gläubiger entspricht aber die Ausübung dieser Klage, als nothwendige Bedingung, weil sonst das Geschäft rein illusorisch wäre. Damit ist als eine Nothwendigkeit die Zuständigkeit der persönlichen Klage für den Pfandgläubiger verbunden, um den Gegenstand des Nomen zu erlangen. Will man aber die Zuständigkeit dieser Klage juridisch-doctrinell erklären, so ist es nicht nöthig, noch zulässig, sie als in Folge einer wahren, wenn auch nur bedingten Cession begründet zu betrachten, wie in der Regel geschieht [2]). Die, welche dies thun, müssen nemlich selbst anerkennen, daß daraus kein eigenes unabhängiges Recht für den Gläubiger entsteht, wogegen es doch auf ein selbstständiges d. h. unwiderruflich erworbenes Recht zufolge der, zum Theil von ihnen selbst begründeten, richtigen Begriffsbestimmung für die Abtretung der Foderungsrechte bei dieser ankommen soll. Ein solches erwirbt aber der Pfandgläubiger als Cessionar keineswegs, weil er das in seinem ganzen Umfange verpfändete Recht nicht unbedingt in diesem, vielmehr nur in dem seiner eigenen Foderung ausüben darf, mithin nur dann ohne Einschränkung, wenn diese jenes übersteigt. Der Zweck also ist es, welcher hier das ganze Geschäft characterisirt, und auch erklären muß. Dafür tritt nun aber hauptsächlich hervor, daß bei der wahren Cession

---

1) s. meine pfandrechtl. Streitfragen S. 23.

2) s. bes. Mühlenbruch und Gaupp, der ihm lediglich folgt. *Huschke* l. l. p. 7. geht soweit, das Pignus nominis mit dessen venditio oder datio in solutum zu vergleichen.

sich der Cessionar den Gegenstand oder den Vortheil des abgetretenen Rechts zueignen soll; bei Verpfändung des Nomen hingegen bleibt die Hauptfoderung stehen, wenn sie nicht durch Compensation getilgt wird, und der erlangte Gegenstand soll nur, nach wie vor, die beabsichtigte Sicherheit gewähren. Darum kann die Thatsache der Verpfändung eines Nomen nicht als eine solche betrachtet werden, welche auf die Absicht des Gläubigers-Verpfänders zu cediren und den Gegenstand der Abtretung zweifellos schließen ließe. Die Abtretung der persönlichen Klage zu dem angedeuteten Behuf muß vielmehr hier als eine unmittelbare nothwendige Folge aus dem Rechtsgeschäft selbst erscheinen, und kann, da dieses als etwas Außerordentliches im römischen Recht dasteht, gar nichts Auffallendes haben. Es würde zwar dem unbeschadet, wenn Jemand wegen der großen Aehnlichkeit sich von dem Begriff der Cession nicht trennen wollte, der einer fingirten zum Behuf der vorher gedachten juridisch-doctrinellen Erklärung der Zuständigkeit der persönlichen Klage, zugestanden werden können; denn es ist freilich nicht zu verkennen, daß, da der Pfandgläubiger durch die Verpfändung des Nomen die Befugniß erhält, sich mittelst der Denunciation an den verpfändeten Schuldner zu diesem in ein ganz gleiches festes Verhältniß zu setzen, wie der wahre Cessionar [1]), hierin eine bedeutungsvolle Annäherung liegt. Allein im Grunde ist dieselbe nur eine nothwendige Folge der Anwendung hier zulässiger und erfoderlicher Rechtsanalogieen von verwandten Rechtsgeschäften auf ein solches, das jünger als diese ist, und sich also in Ermangelung ausschließlicher und ausdrücklicher darauf bezüglicher Vorschriften jenen anschließen muß, um mit möglichster Vollkommenheit den dabei vorausgesetzten Zweck zu erreichen, die Sicherheit des Pfandgläubigers.

Die Aehnlichkeit des verpfändeten Schuldners mit dem abgetretenen war nemlich gewiß die Veranlassung, die bei wirklicher Foderungsabtretung nöthige Anzeige, s. g. Denun-

---

1) C. 4. *Quae res pignori.*

ciation, auch auf den Fall der Verpfändung anzuwenden, um ein festes Rechtsverhältniß zwischen ihm und dem Pfandgläubiger herzustellen. Diese Anzeige muß der richtigen Meinung[1]) nach der Pfandgläubiger, nach Analogie des Cessionars bei der wirklichen Foderungsabtretung, machen, und zwar auf eine unmittelbare Weise und ohne Ausnahme; dieselbe muß geeignet sein, dem Schuldner eine vollkommene Ueberzeugung von der Richtigkeit des Geschehenen zu gewähren, m. a. W. seine Legitimation zur Sache. Erst nachdem sie geschehen, wird die Stellung des Pfandgläubigers zum verpfändeten Schuldner definitiv, und wenn mehrere Verpfändungen geschehen sind, so geht der jüngere Pfandgläubiger, wenn er früher Anzeige gemacht, dem ältern vor[2]). Eine auch nur bedingt geschehene Verpfändung scheint hiervon, vor Erfüllung der Bedingung keine Ausnahme zu machen[3]). Ehe dies geschehen, kann der verpfändete Schuldner sein Verhältniß mit seinem Gläubiger auf jede rechtsgültige Weise aufheben[4]).

Der Zeitpunkt, von wann eher an der Pfandgläubiger berechtigt sei, dem verpfändeten Schuldner die Anzeige mit Erfolg zu machen, ist nicht unbestritten. Richtiger Ansicht[5]) nach muß die Anzeigebefugniß als sofort durch die Verpfändung begründet erscheinen, denn es fehlt sonst an etwas Wesentlichem, am Pfande selbst. Daß nemlich dieses erst durch die Anzeige gesichert werde, wird nirgends bezweifelt; die Verpfändung eines Foderungsrechts wird dessen ungeachtet in den wenigen Stellen der Quellen, die ihrer gedenken, überall, wie schon gesagt, so erwähnt und behandelt, daß nichts berechtigt, von der analogen Anwendung der allgemeinern pfandrechtlichen Hauptgrundsätze abzuweichen. Jene Annahme würde aber zu der Anerkennung nöthigen, daß inzwischen noch gar kein Pfandgegenstand vorhanden wäre, sondern erst von einer

1) nach Mühlenbruch a. a. O. S. 479. *Huschke* l. l. p. 35 sq. 38. 57. *Gaupp* l. l. p. 71.

2) *Huschke* l. l. p. 61.

3) *Gaupp* l. l. p. 73.

4) Dies versteht sich von selbst; auch arg. Fr. 40. §. 2. *de P. A.*

5) *Gaupp* l. l. p. 74 sq. *Huschke* l. l. p. 35 sq. jetzt auch Mühlenbruch S. 527. der neuen, gegen S. 506. der alten Ausgabe.

Bedingung abhängig würde. Ja, sie würde sogar die Möglichkeit einer Willkühr des eintretenden Falls Verpflichteten über den Gegenstand der Bedingung nicht ausschließen können, und dem Pfandgläubiger nur den unsichern Weg der Klage auf Entschädigung und Interesse offen lassen; und sonach bestände, wenn der Verpfänder die verpfändete Foderung einziehen dürfte, in der That ein Pfandrecht ohne Pfand und ohne alles Surrogat dazu. —

Es ist schon vorher angedeutet worden, daß der Gegenstand der verpfändeten Foderung, welchen der zweite Gläubiger vom verpfändeten Schuldner bei ausbleibender Befriedigung seiner eigenen Foderung in Anspruch nehmen kann, diesem auf doppelte Weise eine Genugthuung bietet, entweder durch Verkauf des Foderungsrechts selbst [1]), — von dem wir nachher handeln werden, — oder durch Einziehung desselben mittelst der persönlichen analogen Klage. Wir stellen nun folgenden Satz auf: Ist derselbe eine Sache im engern Sinn, so verbleibt er ihm als wahres Pfand; dies auch hypothekweise dann, wenn der Verpfänder ihn eingezogen haben sollte (z. B. bei unterbliebener Anzeige); hat er in Geld bestanden, oder in s. g. fungibeln Sachen gleicher Art mit denen der eigenen Foderung des Pfandgläubigers, so darf er ihn auf dieselbe compensirend abrechnen. Daß er jedoch auch solche, wenn er sie auf seine Foderung nicht abrechnen will, als Pfand behalten darf, unterliegt so wenig einem Zweifel, als daß, wenn dieselben der Verpfänder eingezogen, sie auch in dessen Händen Pfandgegenstände bleiben. Für die Fälle, wo also durch geschehene Solution des Gegenstandes des Foderungsrechts ein wahres Pfand eintritt, muß dann dem Pfandgläubiger die hypothekarische Klage, und zwar als analoge, zugestanden werden.

Dies zu beweisen, und die hier zur Sprache kommenden Gesetzstellen zu erklären, wird die Aufgabe des Folgenden sein, wobei die beiden Streitfragen, von der Natur der bei Verpfändung eines Foderungsrechts geltenden Klagen

---

1) C. 7. *de Heredit. vel act. vend.*

gen überhaupt, und von der s. g. Verwandlung des Pfandrechts an einer Foderung nach Entrichtung ihres Gegenstandes an den Pfandgläubiger selbst in Faustpfand, an den Verpfänder in Hypothek, zur Sprache kommen [1]).

Die Quellen geben bekanntlich keine unmittelbare Antwort auf die Frage, welche Klage dem Pfandgläubiger zur Erlangung des Gegenstandes des Foderungsrechts zustehe, sondern dadurch, daß sie diese kurzweg eine utilis actio nennen, eben Veranlassung zu dem Streit. Fast alle Aeltere [2]) hielten diese für die persönliche Klage aus dem Foderungsrechte. Cujacius [3]) sprach sich zuerst entschieden für die analoge hypothekarische aus (mit der die Einrede dann Hand in Hand gehe), welche sowohl gegen den Schuldner auf Leistung des Gegenstandes gerichtet sei, als gegen den Verpfänder, wenn er ihm von jenem geleistet worden; denn wo in den Titeln vom Pfandrecht einer utilis actio gedacht sei, könne im Zweifel doch nur die hypothekarische verstanden werden, die persönliche könne durch nichts Anderes, als durch wirkliche Abtretung übergehen. Dawider sind beinahe alle Neueren [4]), in Folge des von ihnen gemeinschaftlich anerkannten hier vorliegen sollenden bedingten, also eintretenden Falls reinen, Cessionsgeschäfts, für die persönliche analoge Klage gegen den verpfändeten Schuldner, und nur über die Zuständigkeit der hypothekarischen nach geschehener Solution verschiedener Ansicht. Manche lassen sie wider Jedermann ohne Unterschied zu [5]); Andere nur nach geschehener Solution gegen den Verpfänder, und wieder Dritte blos dann, wenn der Pfandgläubiger den bereits erlangten Besitz wieder verloren hat [6]); Andere gar nicht, weil nichts als eine Ces-

1) Ueber dieselben habe ich ausführlich gehandelt in meinen pfandrechtlichen Streitfragen Nr. 1., wovon das Obige ein Auszug ist.

2) Azo, Odofredus, Rogerius, Roffredus, Salicetus, s. meine gen. Schrift S. 7.

3) Opp. T. V. p. 423. ad Paul. 29. ad Ed. coll. p. 247. ad *ej.* lib. 19.

4) Huschke, Gaupp, Mühlenbruch u. A. s. meine gen. Schrift a. a. O. u. ff. Die Meinungen derer, welche dazwischen stehen, als Walch's und Huber's (s. bei *Gaupp* p. 105. 2.) können bei der ausführlichen Erörterung der Sache durch die Neueren übergangen werden.

5) Gesterding, s. bei *Huschke* p. 61.

6) s. *Gaupp* l. l. p. 104.

sion vorliege [1]), diese betrachten dann den Schuldner als nicht befreiet durch die Entrichtung. Endlich ist Cujacius Meinung über die alleinige Zuständigkeit der hypothekarischen Klage neuerlich wieder aufgenommen, jedoch selbstständig zu begründen versucht worden [2]). Wir haben schon vorher ausgesprochen, daß wir in Betreff der persönlichen analogen Klage, als der wider den verpfändeten Schuldner einzig zustehenden, der Meinung der Neueren, und über die hypothekarische der zweiten von den verschiedenen Parteien beitreten, wenn auch ersteres nicht aus dem Grunde einer bedingten Foderungsabtretung. Es ist jetzt beides von unserm Gesichtspunkte aus, neben der Widerlegung der für die entgegenstehende (Cujaciussche) Ansicht neuerlich vorgebrachten Gründe zu entwickeln.

Letztere gehen davon aus: „mit der Ausdehnung des Pfandvertrages auf unkörperliche Sachen sei eine Gleichstellung mit dem über körperliche geschehen, und mithin müssen die Wirkungen in Bezug auf die Paciscenten, wie auf dritte Personen, einander gleich stehen. Die bedeutendste davon sei unstreitig die hypothekarische Klage; falle diese aus dem Pfandrecht weg, so sei es in seinen Einzelheiten ein völlig verwandeltes Institut. Die Vermuthung, daß der Prätor gerade diese Wirkung der Verpfändung eines Foderungsrechts nicht habe ausschließen wollen, sei daher so wohlbegründet, daß sie vielmehr als nothwendiger Schluß erscheine. Sei jene auch ursprünglich nur auf körperliche Gegenstände gegangen, so sei doch eben die Ausdehnung auf unkörperliche als Grund für die *utilis* Actio zu betrachten. Wenn daher das Pfandrecht an Foderungen utilitatis caussa anerkannt werde, so müsse die Pfandklage gegen solche ebenfalls utilitatis caussa anerkannt werden, wenn auch eine andere Behandlung der Klage wegen der in der physischen Natur des Pfandgegenstandes liegenden Verschiedenheit eintreten müsse. Denn die Bestimmung der hypothekarischen Klage ist Erwerb des Besitzes des Pfandes, eine Foderung

---

1) *Huschke* l. l. p. 62.
2) Von Trotsche, Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 75 ff.

aber kann nicht besessen werden; mithin sei hier kein anderes Resultat der hypothekarischen analogen Klage denkbar, als Besitz der Sache, deren Leistung Gegenstand der Obligation war, und sie müßte, statt gegen den Besitzer des Pfandes, gegen den verpfändeten Schuldner ihre Richtung nehmen. Das Jus exigendi erscheine hiernach als eine bloße Fortbildung des dem Pfandgläubiger zustehenden Rechts, zu besitzen, und sei ein billiges Aequivalent für dieses bei der Verpfändung der Foderung direct unanwendbare Recht. Geltend gemacht könne es also nur werden durch die analoge hypothekarische Klage." — Gegen die logisch-rechtliche Folgerichtigkeit dieser Beweisführung im Allgemeinen mögte in der That nichts einzuwenden seyn, und danach darf also die hypothekarische Klage von vorn herein zwar nicht ausgeschlossen werden, allein es fragt sich um deren Anwendbarkeit wegen der verschiedenen physischen Natur des Pfandgegenstandes, der bedeutende Modificationen hervorbringen muß.

Zugegeben nemlich, daß die absolute Unanwendbarkeit der hypothekarischen Klage als in rem actio, auf etwas Unkörperliches [1]) durch das Institut der hypothecaria utilis actio wenigstens in Frage gestellt werden könne, so ist es doch völlig irrig, dem Pfandgläubiger die hypothekarische analoge Klage wider den verpfändeten Schuldner auf Lei-

---

1) *Gaj.* Inst. IV. §. 3. — In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere, velut utendi. Fr. 25. pr. *de O. et A.* — Actionum genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui possidet. In personam actio est, qua cum eo agitur, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper adversus eum locum habet. (ULP. *l. s. regul.*) Etwas modificirt ist der Begriff, jedoch gewiß nicht im Wesentlichen in §. 1. *J. de Action.* — Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur, aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est, vel ex contractu vel ex maleficio, (quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere,) et aliis quibusdam modis, aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu proditae actiones in rem sunt. — Vergl. *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 79. und 138.

stung des Gegenstandes der Obligation zuzusprechen. — Das prätorische Institut der analogen Klagen beruhete, wie Alles vermuthen läßt, ursprünglich auf der Untersuchung des concreten Falles [1]). Oeftere Wiederholung mogte die Veranlassung zur Feststellung allgemeiner Normen für die in formeller oder materieller Hinsicht andern nachgebildeten Klagen sein. Bestimmter und richtiger sind sie mit dem seltnern Namen fictitiae actiones bezeichnet, d. h. Klagen, denen im Allgemeinen eine Fiction zum Grunde liegt. Die zahlreichste Classe der Actiones utiles ist die, mittelst deren ein Klagrecht auf Fälle ausgedehnt ward, wofür die regelmäßigen Bedingungen seiner Anwendbarkeit fehlten. Unter dieser lassen sich mehrere Arten unterscheiden [2]), von denen hier besonders die in Betracht fällt, wenn nach den Grundsätzen der logischen Erklärung die Sphäre der directa actio erweitert, d. h. auf Fälle bezogen wird, auf welche die Ratio einer ältern Rechtsbestimmung paßte. Zu diesen muß die analoge hypothekarische Klage gehören. Es ist aber für die in Rede stehende Frage von großer Bedeutung, daß die analogen Klagen überhaupt die aus der Natur der Sache fließende Einschränkung erleiden [3]), um ihre Gleichstellung mit den unmittelbaren Klagen (directae) zu beurtheilen: insofern die Natur des nachgebildeten Verhältnisses völlig gleiche Wirkung beider Klagen gestattet. Angewendet auf Nomina, ist dies nun aber unmöglich: denn man müßte ja geradezu behaupten, daß dann eine persönliche Contractsverbindlichkeit durch eine dingliche Klage gefodert werden könnte [4]). Man bemerke ferner, wie dann von den utiles actiones ein solcher Gebrauch gemacht würde, der alles Eigenthümliche derselben verwischen müßte, und der Streit, ob die utiles actiones für den Fall der Verpfändung eines Nomen die persönliche oder hypothekarische bedeuten, wenn die Wirkung jener sich doch nur völlig gleichstände, recht eigentlich ein wahrer Wortstreit wäre. — Wie kann ferner der

---

1) Mühlenbruch Cession S. 139. (§. 15.) ff.
2) Ders. S. 143.
3) Ders. S. 157.
4) Trotsche S. 78. thut dies wirklich.

Schuldner aus einem Nomen ohne sein Zuthun doppelt obligirt werden, durch eine persönliche Klage und durch eine dingliche? — Behielte hiernach der Verpfänder die persönliche Klage, — der sich also ein doppeltes Recht willkührlich machen würde! — wie sollte das Zusammentreffen zwischen dieser (z. B. in Folge einer Abtretung) und der hypothekarischen des Gläubigers geregelt werden? Auf der andern Seite endlich, wenn die römischen Juristen [1]) einmal so weit gingen, das Pignus Nominis für ein wirkliches wahres Pfand zu erklären, warum hätten sie denn dann nicht, wäre es rechtlich möglich, die hypothekarische Klage gegen den Schuldner im Wesentlichen (und das ist doch in der analogen auch enthalten) anzuwenden, die hypothekarische directe Klage ertheilt? Warum bedurfte es dann der analogen [2])? Es früge sich nun aber, in welchem Verhält-

---

1) s. Mühlenbruch Cession, neue Ausg. S. 521. Anm. 40 e). Trotsche nennt irrig den Prätor.

2) Hiergegen kann auch gar nicht eingeworfen werden, daß ja dem widersprechend sei, wenn mittelst der hypothekarischen Klage unserer eigenen später unten folgenden Erklärung des Fr. 13. §. 2. *de Pignoribus* zufolge die gezahlten Nummi sollen gefodert werden dürfen; denn gerade der Begriff Nummi bezeichnet, wie bekannt, wenn irgend einmal das Körperliche des Geldes, d. h. gewisse Geldstücke als besondere, also namentlich wegen dinglicher Klagen, in Betracht fallen, diesen Begriff, und dann ist ja eben der des Nomen aufgelöset und verwandelt. Darum bedeuten auch die beiden von Trotsche aufgeführten Stellen nichts, Fr. 10. *de Pignoribus*, wonach die hypothekarische Klage gegen eine nicht reell, sondern nur ideell getheilte Sache, die pro parte verpfändet sei, und Fr. 3. pr. *eod.*, wonach dieselbe gegen eine Erbschaft zulässig ist, die doch eine res incorporalis sei. Denn in beiden handelt es sich ja um etwas Anderes, als was mit dem verpfändeten Nomen verglichen werden könnte. Im ersten nemlich ist eine wirkliche körperliche Sache verpfändet, nur daß sie dem Verpfänder mit einem Andern zusammengehört; sollte er sie nicht zu seinem Theile verpfänden dürfen, so würde ihm ein wesentlicher Theil seiner Disposition entzogen; er verpfändet also etwas für ihn bereits Vorhandenes, die Sache selbst, und nicht blos ein Recht. Ein Nomen ist aber nach unserer obigen Ausführung nichts weiter als ein Recht, den Begriff einer Sache für den Berechtigten herzustellen, selbst wenn diese, falls das Nomen eine einzelne Sache betrifft, in der Vorstellung der Contrahenten als gemeint anzunehmen ist. Das beweist auch der Erfolg der hypothekarischen analogen Klage für den Fall jener Verpfändung. Sie setzt nemlich den Gläubiger in den wirklichen Besitz, nicht in den Quasi-Besitz, und bewirkt die Theilung; allein wenn er gegen den Schuldner aus dem Nomen Klage erhoben, und seinen Zweck erreicht hat, so befindet er sich ja nachher nicht mehr im Besitz des Nomen, sondern et-

niß zu der Verpfändung eines Nomen die wirkliche Anwendbarkeit der hypothekarischen Klage stehe. Hier kommt der von fast allen Neueren[1]) angenommene, von der hier bekämpft werdenden Ansicht [2]) auch bestrittene Satz zur Sprache: das Pignus nominis verwandele sich mit der Solutio debitoris oppignorati, wenn diese an den Pfandgläubiger geschehe, in ein Faustpfand, geschehe sie aber an den Verpfänder, in eine Hypothek an der geleisteten nicht fungibeln Sache. Hiebei gelangen wir zu den beiden Hauptstellen unserer Rechtsquellen über diesen ganzen Streitgegenstand. Die letztgedachte Ansicht sucht jenen Satz zuvörderst aus der Natur der Sache zu widerlegen; die desfallsigen Gründe müssen daher zunächst in Betracht gezogen werden; doch wollen wir erst erklären, wieviel wir von jener Regel zugestehen, um die Widerlegung, welche zuletzt auf die Erklärung der gedachten beiden Stellen hinausläuft, mit dem Beweise der hier vertheidigten Ansicht zugleich abzuhandeln. So, wie jener Satz lautet, kann er nur theilweise als richtig zugegeben werden. Den Begriff

---

was ganz Andern, nemlich dessen Gegenstandes. Daß unserer später folgenden Erklärung des genannten Fr. 13. §. 2. gemäß, dennoch die Gegenstände des Nomen, nachdem sie an den Verpfänder oder den Pfandgläubiger gekommen, als wahre Pfänder ohne Unterschied haften, und mittelst der analogen hypothekarischen Klage verfolgt werden können, hat mit dem vorstehend Bekämpften gar nichts gemein; die Annahme der Pfandeigenschaft für jene beruhet auf positiven Vorschriften, welche den Willen der Contrahenten auf diese Weise auslegen, was auch, wie schon gesagt, der Vernunft vollkommen angemessen ist; der Begriff des Nomen ist dann gänzlich erloschen, und der Pfandgläubiger muß also eine Klage erhalten, um seine vertragsmäßig feststehende Befugniß ausüben zu können; — darum findet dann die analoge hypothekarische Statt. — Daß ferner von dem Erbschaftsgläubiger die hypothekarische Klage angestellt werden könne, da doch die Erbschaft etwas Unkörperliches sei, ist zwar keinem Zweifel unterworfen, allein in der That nicht zu begreifen, was damit für die gegentheilige Meinung gewonnen sei; es wird ja gar nicht geleugnet, daß etwas Unkörperliches, mit einem Worte ein Recht, nicht solle verpfändet werden können, nicht geleugnet, daß selbst die Verpfändung von Rechten die hypothekarische Klage analog angewendet begründe, sondern nur, daß eine verpfändete Foderung nicht durch die hypothekarische Klage vom Schuldner eingezogen werden könne.

1) Namentlich Gaupp, Wening, Hepp und Büchel. Mühlenbruch ist jetzt anderer Meinung, Cession neue Ausg. S. 346. und stimmt mit Trotsche überein, s. die folg. Anm.

2) Trotsche a. a. O. S. 114.

der Verwandlung nemlich darf man nicht als den juridischen Gesichtspunkt für diese Frage betrachten; hierwider ist die Einwendung gegründet, daß nach Aufhebung des Rechts eine solche Verwandlung ohnehin schon unmöglich sei, übrigens aber, da man nicht würde umhin können, für die Begründung dieser Verwandlung einzig und allein das Gesetz zu nennen, sich doch nirgends in andern Fällen der Beendigung eines Rechts ohne Schuld des Berechtigten, eine ähnliche Aushülfe durch das Gesetz finde. Wohl aber mag man sich ihn zur Versinnlichung der Sache aufstellen. Der Grund, warum der Gegenstand des Nomen, nachdem er an den Verpfänder oder den Pfandgläubiger gekommen, mit der hypothekarischen Klage verfolgt werden kann, ist der, weil bei der Verpfändung des Nomen (wir haben zunächst ein solches, das keine res fungibiles betrifft, vor Augen), die Contrahenten offenbar dessen Gegenstand selbst als für das Pfandrecht in Betracht kommend, berücksichtigten, (s. o. S. 141.[1]), während nur die darüber zu dritten Personen Statt findenden Beziehungsverhältnisse dem bestellten Pfandrecht Modificationen in der Art bereiten, daß einerseits zur Erreichung dessen Zwecks in Bezug auf das Nomen selbst die persönliche Klage als verpfändet und also zur Ausübung übertragen erscheint, andererseits die hypothekarische analoge mit voller Wirksamkeit eintritt, sobald ein Gegenstand dafür vorhanden, d. h. der vormalige des Nomen durch dessen Erlöschung ins Dasein für das Pfandrecht getreten ist. Daß endlich dies sogar auf die Nomina der andern Art, welche fungible Sachen enthalten, ausgedehnt ist, darf gewiß als die jüngste Erscheinung in diesem von Nutzen und Zweckmäßigkeit allein geschaffenen Rechtsgebiete betrachtet werden. — Darum muß also zweitens die in jenem Satze s. g. Verwandlung des Pfandgegenstandes auch auf Nomina der letztern Art ausgedehnt werden.

---

1) Danach erledigt sich Mühlenbruch's Gegengrund (a. a. O. S. 346.) „bei der Annahme einer Verwandlung des Pfandrechts müsse vorausgesetzt werden, der Gegenstand solle eventualiter verpfändet sein, also ein zweites stillschweigendes Pfandrecht, und dazu fehle es an Grund;" denn oben ist dieser nachgewiesen.

Nach dieser Berichtigung schwindet nnn zunächst der Einwand, daß ein einmal untergegangenes Recht nicht noch verwandelt werden könne, weil nun nicht von Verwandlung die Rede ist, sondern nur von dem wirklichen Erscheinen eines Gegenstandes in einer gewissen Eigenschaft, der des Pfandes, welche die Contrahenten ursprünglich vor Augen hatten. Der fernere Einwand, daß jener Satz nicht ausreichend sei, indem er die Frage unbeantwortet lasse, ob der Pfandgläubiger, wenn der Gegenstand des Nomen an einen spätern Käufer desselben, oder an einen schlechtern Pfandgläubiger vor der Anzeige an den Schuldner entrichtet worden, denselben zurückfodern könne oder nicht, ist darum ohne allen Belang, weil, so lange keine Anzeige geschehen, ein festes Verhältniß zwischen dem Pfandgläubiger und dem verpfändeten Schuldner gar nicht eintritt (s. o. S. **146.**), mithin die von Andern, Berechtigten, wenn auch geringer als jener, sofern er nur Anzeige gemacht hätte, vorher geschehenen Handlungen ihm wirklich präjudicirlich sein müssen; daß diese Folge eintreten kann, liegt nun aber viel weniger an der Natur des Geschäfts, als an dem Berechtigten selbst [1]).

Es wird nun noch auf die Erklärung der gedachten beiden Stellen des **Fr. 18.** pr. *de P. A.* und **Fr. 13.** §. **2.** *de Pignoribus* ankommen. Die zweite derselben betrifft aber zugleich die Frage von der rechtlichen Natur der Verpfändung des Pfandes oder Pfandrechts, und besonders, ob die Foderung verpfändet sei, wofür es bestellt worden? Da deren Beantwortung im folgenden Paragraphen geliefert werden soll, so soll nur die erstere gegenwärtig berücksichtigt, der Inhalt jener aber muß deshalb, soweit er das verpfändete Nomen insbesondere betrifft, mit dem über das verpfändete Pfand zusammen behandelt werden.

Die erste (s. o. S. **142.**) beweist unbestritten und klar, daß der Pfandgläubiger eine verpfändete Foderung gültig einklagen könne; daß dies mittelst der persönlichen Klage nur möglich sei, ist vorher (S. **151** f.) gezeigt worden. Gleich=

---

1) Trotsche's dritter Gegengrund trifft nur Hepp's u. A. Begriffsbestimmung von pignus nominis.

falls unbestritten[1]) ist, daß der Schuldner durch Leistung an seines Gläubigers Gläubiger befreiet werde, und in diesem Fall, möge er in Folge der Klage, oder ohne sie eintreten, Compensation für den letztern dann erfolge, wenn der Gegenstand des Nomen Geld war, was von andern s. g. fungibeln Sachen, vorausgesetzt, daß die Schuld des Verpfänders solche betrifft, auch gelten muß. Ist derselbe hingegen eine körperliche Sache, so hat man bisher stets angenommen, daß in den Schlußworten ausgesprochen worden sei, diese trete nun an Pfandes Stelle, und dem Gläubiger stehen daran dieselben Rechte zu, wie wenn sie ursprünglich verpfändet worden wäre. Dem hat man neuerlich widersprochen, und will in denselben nichts als ein Innebehaltungsrecht anerkennen: „Wörtlich übersetzt hießen die Worte nichts mehr und nichts weniger, als, „so darfst du das empfangene Corpus anstatt des Pfandrechts (anstatt der verpfändeten Sache) haben, behalten." Darum seien es auch nicht die Worte loco pignoris, auf welche das Fragment das eigentliche Gewicht lege, und woraus das dem Gläubiger gebührende Recht herzuleiten sei; sondern dies müsse sich aus dem Inhalt im Allgemeinen ergeben. Der Gläubiger solle ja nur die Mittelsperson abgeben, an welche die factische Ablieferung geschehen könne. Nur von einem Retentionsrecht sei daher die Rede, dies erhelle aus drei Gründen: **1)** sei das beim verpfändeten Nomen dem Pfandgläubiger ertheilte Jus exigendi dem hier nicht anwendlichen Jus possidendi nachgebildet, und werde jenes wie dieses mit der hypothekarischen Klage verfolgt, so leuchte ein, daß der Gläubiger an dem in Folge dieser Klage und jenes Rechts an ihn abgeliefert werdenden Gegenstande das Jus possessionis erwerbe, ebenso wie bei der Verpfändung einer res corporalis die Realisirung der hypothekarischen Klage den Besitz der erlangten Sache verschafft. **2)** Die Gesetze ertheilen da überhaupt das Retentionsrecht, wo sie Compensation zulässig finden, und behandeln beides nicht nur als ein Institut dadurch, daß sie die Ausdrücke zusammenstellen, sondern auch des Ju-

1) Trotsche a. a. O. S. 120. und Mühlenbruch a. a. O.

ris pensationis nur da gedenken, wo bloß von Retention die Rede sein kann. 3) Die Gesetze bezeichnen durch esse rem alicui pignoris loco einen factischen Zustand der Sicherheit ohne Klagerecht (außer Delictsklagen) mit einem Worte ein wahres Retentionsrecht; das beweise **Fr. 15. §. 2.** *de Furtis*, **Fr. 13. §. 8.** *de Act. emti*, **Fr. 31. §. 8.** *de Aedil. Ed.*, **Fr. 11. §. 1.** *de Pignoribus*."

Diese Beweisführung hält keine gründliche Prüfung aus. Für's erste heißt zwar Pignus allerdings zuweilen auch Pfandrecht, (z. B. in dem Satz: Pignus contrahitur non solum traditione sed et nuda conventione), allein ob es hier Pfandrecht oder Pfand bedeute, wird man wohl so ziemlich dem Gefühle eines jeden Kenners der lateinischen Sprache überlassen dürfen. Die hier bestrittene Ansicht wird das auch selbst nicht verkennen mögen, und darum in Parenthese die verpfändete Sache genannt haben. Ueberhaupt aber bedarf der Einwand nur der einzigen Bemerkung, daß, wenn Paulus wirklich in jenen Worten ein Pfandrecht gemeint habe, was der Gläubiger an dem erhaltenen Corpus haben, mithin dieselben zu deutsch heißen sollten: „so wird es ihm an Unterpfandes Stelle sein," die lateinischen Worte auch nicht um eine Sylbe anders lauten könnten oder müßten. Der erste der drei folgenden Gründe ist der schwächste; nicht zu gedenken der unklaren Begriffe jus exigendi und jus possidendi und possessionis, von denen ein ganz unerlaubter und unbestimmter Gebrauch gemacht wird [1]), beweist er nicht gegen das in Frage stehende Pfandrecht, sondern dafür; denn aus der dort geschehenen Gegeneinanderstellung der verpfändeten körperlichen und unkörperlichen Sachen und Anwendung der von jener Ansicht selbst behaupteten hypothekarischen Klage auf beide Arten, respective der analogen, und der Fortfolgerung, daß der Gläubiger ex nomine auch nun das Jus possessionis durch die Klage erhalte, welches der Gläubiger anderer Sachen gleich Anfangs gehabt habe, ist man doch wahrlich berechtigt, den Schluß zu erwarten, daß ihm dar-

1) s. meine Schrift: Beiträge zur Lehre vom Besitz u. s. w. im VI. Bd. d. Zeitschrift f. Civil-Recht S. 259.

an nun auch ein Pfandrecht zustehen werde. Daß ihm blos ein Innebehaltungsrecht zugesprochen wird, ist daher ein Fallen aus der Demonstration und der Analogie; und die Frage, ob man an dem durch die hypothekarische Klage erstrittenen Gegenstande ein Pfandrecht oder ein Innebehaltungsrecht habe, ist ja nirgends zweifelhaft. Der zweite Grund würde in besserer Gesellschaft nicht der schwächste sein, allein abgesehen davon, daß doch Compensation im weitern Sinne selbst unter Retention begriffen wird, und die Gleichstellung daher in andern Fällen gar nichts Auffallendes hat, was könnte denn in Bezug auf das vom verpfändeten Schuldner an den Pfandgläubiger gezahlte Geld, gegen dessen Foderung an den Verpfänder gehalten, für ein anderer Begriff eintreten, als der der ipso jure geschehenden Compensation? Den dritten Grund anlangend, so ist, wenn man den Ausdruck pignoris loco (nur einmal, sonst stets quasi, oder ac si hinzugesetzt) da gebraucht findet, wo nur ein Innebehaltungsrecht angenommen werden darf, der Schluß daraus dennoch ganz falsch, daß nie die Worte: pignoris loco, dem Satz, in welchem sie vorkommen, seine wahre Bedeutung geben; sondern dieser Schluß muß, wenn man berücksichtigt, daß der Ausdruck Pignus für das Pfandrecht echt technisch ist, und für sein Verhältniß zum Innebehaltungsrecht bedenkt, daß er stets nur der versinnlichenden Vergleichung wegen gebraucht sein kann, vielmehr dahin ausfallen, daß Pignus allemal den wahren Begriff des eigentlichen Pfandrechts voraussetzen läßt, und wenn es nicht dies, sondern das Innebehaltungsrecht bedeuten soll, durch irgend einen Beisatz oder seine Stellung im Zusammenhang ausgezeichnet sein müsse. Und das finden wir auch vollkommen bestätigt, so daß in allen Stellen [1]), wo

---

1) So heißt es in Fr. 15. §. 2. *de Furtis*, daß, wenn der Commodatar eine Foderung an der Sache, wegen darauf verwendeter Kosten, und deshalb *retentionem* habe, er den Eigenthümer, welcher sie ihm entfremdet, mit der Diebstahlsklage belangen könne, quia eo casu *quasi* pignoris loco ea res fuit. In Fr. 13. §. 8. *de Act. emti* heißt es, daß der Verkäufer die Sache bis zur Zahlung des ganzen Kaufpreises *quasi* pignus *retinere* posse. Desgleichen in Fr. 31. §. 8. de *Aedil. Ed.*, daß er, quod vendidit, pignoris loco *retinere*. Fer-

Pignus so vorkommt, daß es ein Innebehaltungsrecht und kein Pfandrecht bedeutet, ohne Ausnahme nicht der leiseste Zweifel und nicht die geringste Zweideutigkeit gefunden wird.

Nun giebt es aber sogar noch einen directen Beweisgrund, daß Pignoris loco hier den vollen Begriff des Pfandes herstelle. In **Fr. 1.** pr. *de Pignoribus* ist gesagt, daß die wirkliche Verpfändung, welche also natürlich die hypothekarische Klage zur Folge hat, einer fremden Sache dann gültig sei, wenn sie dem Verpfänder debita sei; es ist für diese (s. o. S. **140.**) nachgewiesen, daß mit ihnen auch das Nomen, deren Gegenstand sie sind, zugleich verpfändet, und somit die Verpfändung einer res debita und eines Nomen, welches eine körperliche Sache betrifft, ihrer rechtlichen Natur nach gleich sei. Ist nun für erstere der volle Begriff des Pfandrechts anerkannt, sobald der Verpfänder das Eigenthum erworben hat, wohin ebenfalls gehört, wenn sie deren Schuldner an den Pfandgläubiger abliefert, so haben wir ganz denselben Fall, von dem es **Fr. 18.** pr. *de P. A.* heißt: si vero corporis alicujus nomen fuerit, id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco. Die unmittelbare Folge davon ist natürlich die hypothekarische analoge Klage.

Dasselbe, was **Fr. 18.** *d.*, lehrt nun auch **Fr. 13.** §. **2.** *de Pignoribus*, geht aber noch weiter, indem es, was das erstere von den Nominibus, deren Gegenstände körperliche Sachen sind, lehrt, auch auf diejenigen, welche nur Geld betreffen, anwendet, nemlich in Betreff der gezahlten Nummi. Aus den weiter oben gedachten Gründen folgt dessen Erklärung aber erst im folgenden Paragraphen,

---

ner in **Fr. 14.** §. 1. *de Furtis*, wenn der Käufer die Sache vorher wegnehme, so hafte er perinde *ac si* pignus *subtraxisset*. Endlich in **Fr. 11.** §. 1. *de Pignoribus* ist von einem *retinere* possessionem pignoris loco die Rede. Außerdem kommt der Ausdruck pignoris loco und pignus überhaupt in Zusammenstellungen der Art nicht vor. Eine Anwendung auf **Fr. 18.** *de Pignor. Act.* erscheint hiernach als völlig unzulässig, weil pignoris loco hier mit keinem der Ausdrücke (retinere, ac si, quasi) oder einem ähnlichen in Verbindung gebracht ist, welche in den vorher angeführten Stellen den Begriff des pignus modificiren. Vgl. oben S. 26.

da es zum Wesen des Afterpfandes zugleich in demselben Verhältniß als directe Beweisstelle steht, wie **Fr. 18.** *d.* zur Verpfändung der Nominum. Wider Dritte, an welche der Gegenstand des verpfändeten Foderungsrechts eher gelangt ist, als er an den Verpfänder oder den Pfandgläubiger kam, kann freilich die hypothekarische Klage aus dem einfachen Grunde nicht erhoben werden, weil derselbe nur unter jener alternativen Bedingung in den Begriff des Pfandes eintritt, und der Verpfänder selbst nicht eher eine in rem actio erhalten würde [1]). Für Geldzahlungen kann aber die Frage darum gar nicht entstehen, weil hier noch von keiner Identität der Geldstücke, wie wenn Zahlung an den Verpfänder erfolgt ist, (s. den folgenden §. bei Erklärung von **Fr. 13. §. 2.** *de Pignoribus*) die Rede sein kann. Denn der an einen Dritten zahlende verpfändete Schuldner wird ja nicht befreiet, sondern bleibt nach wie vor, in Folge der geschehenen Anzeige, verhaftet, mithin wenn er eine Sache zu leisten gehabt, auf Ersatz des Interesses.

Weder die hypothekarische, noch die persönliche analoge Klage, können für den Pfandgläubiger früher erwachsen, als seine Foderung an den Verpfänder (s. u. §. **59.**) und die verpfändete selbst fällig ist; früher sind nur einstweilige Sicherheitsmaaßregeln zulässig [2]). Zwar ist das Gegentheil behauptet [3]), oder auch in der Frage vorgetragen worden, ob der verpfändete Schuldner dem Pfandgläubiger vor der Fälligkeit seiner Schuld die Einrede der Excussion (s. u. §. **59.**) entgegensetzen könne, allein Eins ist so irrig wie das Andere [4]). Auch hier muß die allgemeine Regel festgehalten werden, daß der Pfandgläubiger sein Pfandrecht nicht früher verfolgen könne, bis seine eigene Foderung fällig ist, bis wohin nur die gewöhnlichen auch ganz abgesehen vom Pfandrecht (hier würde dies nemlich für Den, der darauf anträgt,

---

1) vgl. *Huschke* l. l. p. 59.

2) s. Mühlenbruch a. a. O. S. 506. 507. *Gaupp* l. l. p. 61 sq.

3) Gesterding über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts S. 28 ff.

4) Die Einrede der Excussion namentlich ist darum unzulässig, weil vom Schuldner nichts weiter gefodert wird, als was er selbst schuldig ist; vgl. Mühlenbruch a. a. O. neue Ausgabe S. 527.

nur Legitimation zur Sache sein) Statt findenden vorsorglichen Sicherheitsmaaßregeln analog angewendet zulässig sind. Noch handgreiflicher aber ist der Irrthum, daß möglicher Weise die verpfändete Foderung vom Pfandgläubiger früher solle eingezogen werden dürfen [1]), als sie selbst für den ersten Gläubiger, den Verpfänder, fällig gewesen sein würde; denn die Grundbedingung der Verfolgung eines Foderungsrechts ist ja dessen Fälligkeit [2]). — Daß eine besondere Verabredung Ausnahmen zu veranlassen geeignet sei, bedarf keiner Erinnerung. — Nur die Frage ist hier noch zu beantworten, wie die Verhältnisse dann zu ordnen seien, wenn die verpfändete Foderung früher fällig wird, als die des Pfandgläubigers, indem der verpfändete Schuldner Annahme der Zahlung von ihm verlangen kann. Sie ist dahin zu entscheiden, daß die geschehene Anzeige ihn auch zur Zahlung an den Pfandgläubiger nöthigt, d. h. er kann zwar nicht mittelst Klage jetzt schon gezwungen werden, aber Zahlung an einen Andern befreiet ihn nicht. Der ihm entrichtete Gegenstand, auch baares Geld, bleibt dann dem Pfandgläubiger als Faustpfand [3]).

Das durch eine Verpfändung der Art zwischen den dabei betheiligten drei Personen entstehende Verhältniß nach geschehener Anzeige an den Schuldner ist nun, nach Anleitung der mehrgedachten drei Stellen unserer Quellen und nach richtigen Grundsätzen dahin näher zu bestimmen, daß jede Verfügung [4]) des Verpfänders zum Nachtheil des Pfandgläubigers ungültig und wirkungslos ist; daß ferner, wenn der verpfändete Schuldner den Gegenstand an irgend Wen entrichtet, er nichts desto weniger aus dem Nomen nach wie

---

1) Vgl. *Huschke* l. l. p. 40.

2) Einen directen Beweisgrund giebt auch endlich noch C. 4. *Quae res pignori* ab (s. S. 142.), da dies ausdrücklich für die Klageerhebung voraussetzt: si debitor is satis non fecerit; dazu *Gaupp* l. l. p. 66 sq.

3) *Huschke* l. l. p. 37.

4) z. B. Novation. *Gaupp* l. l. p. 82 sq. will zwar dann sogar einen Anspruch auf den Gegenstand der novirten Obligation, und nach Umständen Condictionem sine caussa ertheilen (wider den, dem er entrichtet worden), allein dieser Hypothesen wird man überhoben, wenn man die Befugniß des Verpfänders, wie man so berechtigt als genöthigt ist, nach der Anzeige ganz ausschließt.

vor verpflichtet bleibt, also auch für das Interesse haftet; wenn aber an den Verpfänder selbst, was auch bei unterbliebener Anzeige gilt (weil sonst der Dolus des Verpfänders ihm selbst nützen würde), so nimmt der Gegenstand den Character eines wahren Pfandes an; ebenso bei Geldfoderungen, sobald sich Identität der gezahlten Münzen nachweisen läßt. Von der Entrichtung an den Pfandgläubiger gilt dasselbe, nur daß er in Empfang genommene s. g. fungible Sachen auf seine Foderung gleicher Art compensirend abrechnen kann, seinerseits aber dem Verpfänder dann, wie jeder andere Pfandinhaber (s. §. 27.) haftet [1]). Daß, wenn der verpfändete Schuldner eine Foderung an den Pfandgläubiger hat, er diesem die Einrede der Gegenrechnung gleich andern ihm gegen den Verpfänder schon zuständigen, nicht den erst nach geschehener Anzeige erwachsenden [2]) entgegenstellen kann, versteht sich von selbst. Wird er hingegen von dem Verpfänder oder andern von diesem ihr Recht herleitenden Personen angegriffen, so kann er sich mit der Einrede der Arglist vertheidigen, und zwar auch schon vor der Zahlung [3]), sobald er nur durch die Anzeige mit dem Pfandgläubiger in ein festes Verhältniß getreten ist [4]). Ob, wenn die Foderung des Verpfänders (wohl zu merken, in fungibeln Sachen,) seine Schuld an den Pfandgläubiger übersteigt, er gegen den verpfändeten Schuldner mit der Klage auf den Ueberrest auftreten könne, darüber ist man nicht einig [5]); doch ist der richtigen Ansicht nach jene Befugniß darum nicht in Zweifel zu ziehen, weil ohne sie der Verpfänder inzwischen rechtslos wäre, und ja in andern ähnlichen Fällen, z. B. der wirk-

---

1) s. *Huschke* l. l. p. 58.

2) *Huschke* l. l. p. 51 sq.

3) Dann ist sie freilich nur verzögerlich, und es wird sich erst künftig ergeben, ob sie auch durch die Zahlung selbst zerstörlich wird.

4) Das beweist außer den in der Natur der Sache liegenden Gründen die allgemeine Fassung in **Fr. 18. pr.** *de P. A.* Dazu Mühlenbruch a. a. O. S. 479.; s. bes. *Huschke* l. l. p. 36. Dem Schuldner steht sogar wegen geleisteter Zahlung Condictio sine caussa zu, und er kann von nun an nicht mehr gegen den Verpfänder compensiren; vgl. Mühlenbruch a. a. O. §. 47. *Gaupp* p. 82. A. M. ist *Huschke* l. l. p. 37.

5) *Huschke* l. l. hält es für unbillig, letztern mehreren Gegnern bloßzugeben; dagegen s. *Gaupp* l. l. p. 96.

lichen Foderungsabtretung, eine solche Theilung unter mehrere Berechtigte geschieht [1]).

Kommen zu den verpfändeten Foderungen Bürgen oder Pfandrechte hinzu, so tritt der Pfandgläubiger auch zu diesen analog in ein entsprechendes Verhältniß, d. h. er erhält auch in deren Betreff analoge Klagen [2]). Die Analogie von der wirklichen Foderungsabtretung findet hier Grund, und die allgemeinen Regeln über jene Accessionen volle Anwendung.

Wir haben nun noch den Fall zu berücksichtigen, wenn vor geschehener Anzeige an den verpfändeten Schuldner der Verpfänder eine Handlung in Bezug auf die verpfändete Foderung vorgenommen hat, wodurch sie und der in ihr beruhende Begriff des Pfandes eine Aenderung erleidet. Ausgeschlossen bleibt der schon vorgekommene Fall, wenn derselbe den Gegenstand der Schuldfoderung selbst erhoben hat, weil er dann an Unterpfandes Stelle tritt, bis auf den Umstand, da eine eingezogene Foderung in s. g. fungibeln Sachen nicht unter diesen Begriff gestellt werden könnte (s. S. 161.). Geht nun also auf die zuletzt gedachte Weise, oder durch Eintritt irgend eines andern Aufhebungsgrundes des verpfändeten Foderungsrechts, dessen Begriff in der Art unter, daß auch an seinem Gegenstande ein Pfandrecht nicht geltend gemacht werden kann, so muß, analog den gewöhnlichen pfandrechtlichen Grundsätzen, offenbar die Sache so betrachtet werden, wie wenn der Begriff eines körperlichen Pfandes ohne Willen des Gläubigers aufgehoben wird, d. h. der Verpfänder haftet nun aus dem Hypothekenvertrag, jedoch nur auf das Interesse, s. u. §. 27. Es kann also hier nach Verschiedenheit der einzelnen Fälle der Begriff der Arglist und des Betruges, d. i. Stellionats, eintreten (s. ebendas.).

Sollte endlich der Verpfänder, während die Foderung an ihn noch nicht fällig, oder noch nicht bezahlt ist, zahlungsunfähig werden, m. a. W. in Concurs gerathen, so hatte dies nach römischem Rechte gar keinen wesentlichen Ein-

---

1) *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 498. not. 7.

2) *Gaupp* l. l. p. 97 sq.

fluß auf die gegenseitigen Verhältnisse, weil die Pfandgläubiger sich nicht in einen solchen einzulassen brauchten, sondern von der Gemeinschaft der übrigen ausgeschieden wurden [1]); das findet nun zwar nach unserm heutigen Verfahren nicht Statt, allein dessen Grundsätze gerathen dennoch mit der Verpfändung in keinen Conflict. Des Uebergangs der Klage, als eines eigenthümlichen und lediglich durch die Natur und den Zweck des Geschäfts der Verpfändung gerechtfertigten, ungeachtet nemlich bleibt der Begriff letzterer durchaus der vorherrschende; man kömmt also völlig damit aus, den Pfandgläubiger an einem Foderungsrechte jedem andern der Concursmasse als durchaus gleichstehend zu betrachten, er ordnet sich vor und unter den übrigen, und wird beziehungsweise aus seinem Pfande nach den Regeln der Priorität befriedigt, wie wenn die verpfändete Foderung ein körperliches Pfand wäre.

Ueber die Anmeldungs-Befugniß, wenn der verpfändete Schuldner in Concurs geräth, s. den folgenden §. am Schlusse.

Der andere Weg, welcher dem Pfandgläubiger offen steht, sein Pfandrecht wirksam zu machen, ist der Verkauf des verpfändeten Foderungsrechts [2]). Durch denselben gehen die Foderungsrechte, also die Klagen in dem Verhältniß, wie sie beim Verkäufer waren, auf den Käufer (Cessionar) über, d. h. als analoge und unter Berücksichtigung aller Einreden, die dem Schuldner gegen Verpfänder und Pfandgläubiger zustehen. Dabei kommen die Regeln der pfandrechtlichen Veräußerung ebensowohl zur Anwendung, als die hier vorwaltenden eigenthümlichen Verhältnisse stets von Einfluß bleiben. Demnach kann also Der, dem die Foderung einer Summe Geldes verpfändet ist, nicht mehr davon veräußern, als seine eigene Foderung beträgt.

Zuletzt ist noch auf einen Unterschied bei der Verpfändung eines Foderungsrechts mittelst allgemeiner oder besonderer Verpfändung aufmerksam zu machen [3]). Insofern sie

1) Vgl. besonders meine gen. Schrift S. 75—77.

2) *Huschke* l. l. p. 43.

3) *Gaupp* l. l. p. 55 sq. Vergl. Langenn und Kori Erörter. I. 10. S. 79.

nemlich durch die erstere geschieht, was bei jeder auch stillschweigenden und gesetzlichen Verpfändung des ganzen Vermögens der Fall ist [1]), muß in derselben die stillschweigende Bedingung für den Gläubiger anerkannt werden, sich an den in der Generalhypothek begriffenen ausstehenden Foderungsrechten [2]) nur zuletzt und in Ermangelung aller andern Gegenstände zu erholen. Der Beweis dieser Beschränkung erhellt zunächst aus der Vorschrift, daß in Betreff fiskalischer Foderungen die Schuldner der Schuldner nicht eher angegriffen werden sollen [3]), als bis sich ergeben, daß von letzteren gar nichts außerdem erlangt werden kann, und sodann aus der, daß bei der Auspfändung der Richter die Foderungen erst zuletzt soll angreifen dürfen [4]). Hieraus ergeben sich einige wichtige, von den Grundsätzen für besondere Verpfändung einer Foderung abweichende Folgen. Wird eine solche Foderung vor der eignen des Pfandgläubigers fällig, so können die Schuldner, auch bei geschehener Anzeige, unbedenklich an den Verpfänder oder sonst von diesem berechtigte Personen zahlen. Ergiebt sich dann später, bei Ermangelung eines andern Pfandgegenstandes, daß der Gläubiger wirklich dadurch verkürzt worden sei, so kann neben dem

---

1) ***Huschke*** p. 66. 68. Fr. 49. i. f. *de V. S.* C. 4. *Quae res pignori* etc.

2) Mühlenbruch a. a. O. S. 528. hat statt dieser die Beschränkung, daß der Gläubiger nicht mehreren verpfändeten Schuldnern dann Anzeige machen dürfe, als zu seiner Deckung hinreicht. Ich erkenne dies zwar als richtig an, allein die Sache wird sich in der Praxis stets anders gestalten, als daß man mit der bloßen Vorschrift „er dürfe sich nicht mehr verpfändete Schuldner verpflichten," auslangt. Denn wenn er auch weit mehreren die Anzeige machte, als nöthig wäre, so werden dieselben ohne Zweifel so lange als verpflichtet betrachtet werden müssen, bis sie der Gläubiger in Güte oder Recht von dem, wer dabei betheiligt und dazu befugt ist, genöthigt, wieder losgegeben hat. Sie können also nicht ipso jure als nicht verpflichtet betrachtet werden. Es versteht sich dabei, daß der Schuldner-Verpfänder auf das Interesse deshalb klagen, und überhaupt in Ermangelung anderer eine in factum actio wider den Gläubiger richten kann, wenn er unnöthige Anzeigen macht, und dadurch jenen in seinen Verfügungsrechten über sein Vermögen stört. Dasselbe mögte von andern Betheiligten, die ein Interesse erweisen können, gelten, z. B. nachstehenden Pfandgläubigern.

3) C. 4. *Quando fiscus vel privatus* etc. Fr. 3. §. 8. *de Jure Fisci.*

4) Fr. 15. §. 8. *de Re judicata,* coll. C. 2. *Quando fiscus vel privatus,* die in der erstern Stelle dem Ulpian vorgeschwebt zu haben scheint.

Stellionat auch die Paullianische Klage erhoben werden [1]). Sollte jedoch die dazu erfoderliche betrügliche Absicht fehlen, so kann dem Pfandgläubiger so wenig geholfen werden, als wenn ihm sonst ein körperliches Pfand durch Zufall verloren geht. Werden die Foderungen erst nach der Hauptfoderung fällig, so ist bei unterbliebener Anzeige, sowohl die aus dem Stellionat, als die Paullianische Klage zuständig. Wenn aber die Anzeige geschehen ist, so treten alle Folgen [2]) der besondern Verpfändung eines Foderungsrechts ein [3]).

Für die Auflösung des Pfandrechts an einem Foderungsrecht gelten analog ganz dieselben Regeln, wie für andere Pfänder; mannigfaltig können sich hier namentlich die Fälle der s. g. Confusion gestalten [4]), sind jedoch nach allgemeinen Grundsätzen überall und leicht zu entscheiden.

§. 23.

Von der Verpfändung des Pfandes oder des Pfandrechts.

Die früher ziemlich dürftig behandelte Lehre vom Afterpfandrecht ist neuerlich [5]) eine der größten und umfangreichsten Streitfragen im Privatrecht geworden, weshalb sie

---

1) Die ausführliche Erörterung dieses Falls s. bei *Gaupp* p. 86 sq.

2) Vgl. *Gaupp* p. 89 sq.

3) Nach den bisher vorgetragenen Grundsätzen und der in ihnen entwickelten Theorie, so wie nach der Analogie der gemeinen Regeln des Pfandrechts überhaupt, sind nun alle hierauf bezüglich entstehende Fragen zu entscheiden, die außer den bisher behandelten nach Mannigfaltigkeit der einzelnen Fälle entstehen können, welche aufzuzählen daher unmöglich ist. Beispielsweise sei genannt: die Priorität der speciellen Verpfändung eines Foderungsrechts gegen ein allgemeines Pfandrecht bei ganz unterbliebener Anzeige, oder je nachdem erstere oder letzteres älter ist; die Verpfändung einer Foderung an den Pfandgläubiger selbst, die nach der Lehre von der Verpfändung **eigener** Sachen zu behandeln ist u. s. w., s. *Huschke* l. l. p. 70. 71.

4) *Gaupp* l. l. p. 115 sq.

5) S. **Mühlenbruch** Cession S. 332 ff. 506 ff. (in der neuen Ausgabe S. 337 ff. und 519 ff. hat er eine vollständige Umarbeitung seiner frühern Darstellung dieser Lehre gegeben.) *Gaupp* l. l. p. 40. *Huschke* l. l. p. 25. **Hepp** im Archiv XIII. 350 ff. XV. 87 ff. **Löhr** ebendas. XIV. S. 162. **Trotsche** Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers. 1834. **Büchel** a. a. O. S. 101. S. **meine** pfandrechtlichen Streitfragen S. 33 ff. Ueber die Aelteren s. **Glück** XIV. §. 866.

hier, gleich dem im vorigen Paragraphen abgehandelten Gegenstande, eine ausführliche Erörterung finden muß. Die Masse des ganzen Stoffs läßt sich zwar in die drei Hauptabtheilungen bringen: 1. vom Wesen des Afterpfandes, d. h. seinem Gegenstande; 2. in die Frage, ob die Foderung mit dem Pfande verpfändet werde, wofür es bestellt ist, und 3. von dem entstehenden gegenseitigen Verhältniß; allein es ist eine scharfe Scheidung derselben darum nicht möglich, weil die Handlung der Verpfändung durch alle drei hindurchgreift, und man bei der Entwickelung des Ganzen oftmals auf die einzelnen vor- und rückgreifend zurückkommen muß.

Aus dem nicht sehr reichlichen Material, welches die Quellen bieten [1]), ist, selbst wenn man auf die klaren Worte, nach denen überall des Pfandes selbst, des pignus, als Gegenstandes des Afterpfandrechts gedacht ist, nicht soviel Gewicht legen will, als man wohl befugt ist, jedenfalls soviel unbestreitbar zu entnehmen, daß sich das römische Recht über die Verpfändung eines Pfandes ganz ebenso ausspricht, wie über die gewöhnliche Verpfändung jeder andern Sache. Der Umstand, daß damit eigentlich eine fremde Sache verpfändet werde, und auf der andern Seite das Recht des Pfandgläubigers am Pfande, haben jedoch verschiedene Meinungen über den Gegenstand des Afterpfandrechts begründet. Von diesen ziehen wir zuerst die von Hepp [2]) in den Kreis

---

1) Fr. 13. §. 2. *de Pignoribus.* — Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit etc. Fr. 14. §. 3. *de Diversis temporal. praescr.* — Si mihi pignori dederis et ego eandem rem alii pigneravi etc. — Fr. 40. §. 2. *de P. A.* — Si creditor pignus pignori dederit etc. — C. 1. *Si pignus pignori datum sit.* — Etiam id quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, jamdudum placuit. — C. 2. *eod.* — Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris jure fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dederit etc., und das Rubrum dieses Titels im Codex selbst.

2) Derselbe hat auch später noch eine besondere Ansicht darüber verlautbart, was der Begriff Pfandrecht eigentlich bedeute, wenn es heiße, daß es verpfändet werde, und gewissermaßen dadurch seine frühere Ansicht modificirt (vergl. a. a. O. XIII. S. 350 ff. u. XV. 87 ff.), doch scheint das letztere mehr in Rücksicht der Erklärung des Fr. 13. §. 2. *d.* seinen besondern Grund zu finden. Sonach bleibt man über Hepp's eigentliche jetzige Ansicht halb im Ungewissen; die jüngere ist unten wider-

unserer Betrachtung. „Nach ihm kann der Pfandgläubiger nur sein Pfandrecht und nicht die verpfändete Sache selbst verpfänden, weil er nicht Eigenthümer ist, wenn schon der Besitz des Pfandes selbst übertragen werde. Die Folge der Afterverpfändung, daß das Afterpfand doch selbst verkauft werden dürfe, erkläre sich ganz einfach daraus, daß, so wie der Pfandgläubiger berechtigt sei, das Pfand zu verkaufen, ohne Eigenthümer zu sein, es auch der Afterpfandgläubiger sein müsse, als dessen Stellvertreter; denn als solcher könne er auch die hypothekarische Klage analog anstellen. Es verstehe sich, daß der erste Gläubiger schon zum Verkauf berechtigt sein müsse, wenn der zweite dazu schreiten wolle." — Hiergegen ist [1]) vor allem zu erinnern, daß der Einwurf, der Pfandgläubiger könne das Pfand darum nicht verpfänden, weil er nicht Eigenthümer sei, eben der Streitpunkt selbst, mithin darum unbrauchbar ist, weil er das zu Beweisende mit sich selbst beweist. Ebenso leicht zu widerlegen ist der fernere Grund, zugleich als Versuch, den in den Gesetzen liegenden Widerspruch, daß doch das Pfand selbst vom Afterpfandgläubiger verkauft werden dürfe, zu beseitigen; denn der würde zu der ganz gleichlaufenden Behauptung (s. o. S. **136**.) führen und berechtigen, daß auch dem ersten Pfandgläubiger nicht sowohl das Pfand, d. h. die Sache selbst, verpfändet sei, als vielmehr das Eigenthumsrecht, welches er ja auch, ohne es zu haben, auf Andere durch den Verkauf übertragen könne; und doch wird dies Niemand behaupten wollen. Wäre hiernach noch ein Grund zum Beweise nothwendig, daß nicht das Pfandrecht, sondern die Sache selbst verpfändet werde, so würde er aus dem Faustpfande zu entnehmen sein. Dies erfodert den Besitz; das Pfandrecht kann als ein, wenn auch dingliches, Foderungs-

---

legt, die ältere hier darum angeführt, weil sie die Annahme von der Verpfändung des Pfand**rechts** am ausführlichsten vertheidigt. Vergl. **Büchel** Verpfändung der Jura in re S. 101.

1) Und zwar sogar abgesehen von der gezwungenen Auslegung des Wortes pignus in allen vorgedachten Stellen, denn es wäre doch zu viel zugemuthet, es dort allemal für jus pignoris zu nehmen, zumal auch res pignerata jedem Zweifel vorbeugt.

recht nicht besessen werden, mithin müssen Die, welche in der Pfandübergabe eines Faustpfandes nur Verpfändung des Pfandrechts sehen, die Möglichkeit dessen Besitzes behaupten. Kommt nun hierzu, daß das Pfandrecht ein nichtselbstständiges Recht ist, d. h. welches ohne die Hauptfoderung gar nicht gedacht werden kann, so ist eine selbstständige Verpfändung desselben auch undenkbar, weil an diese gar keine rechtlichen Wirkungen geknüpft werden können. Wir werden also vorläufig dahin zurückgewiesen, das Pfand selbst als Gegenstand des Afterpfandes zu betrachten.

Allein es dürfte doch sehr noch darauf ankommen, was man dabei zu denken, m. a. W., wie man dies Geschäft juridisch zu erklären habe; daß nemlich, ungeachtet es stets in den Quellen kurzweg heißt, pignus pignori dari posse, dabei Einschränkungen und Erläuterungen anzuerkennen sind, wird nirgends bestritten. Denn ebenso fest begründet der Satz ist, daß ein Pfand weiter verpfändet werden könne, ist es der, daß eine fremde Sache nicht gültig verpfändet werde. Das weitere Nachdenken hierüber führt zunächst und natürlich auf diejenigen Sachen, welche dem Verpfänder nicht gehören, d. h. ihm fremde sind, und vermöge besondern Grundes dennoch gültig verpfändet werden können, also, der Aehnlichkeit nach, auf die nahe liegende Verpfändung der Res debitae. Nun ist zwar ein Pfand keine res debita, allein doch eine solche für den Verpfänder fremde Sache, an der er auf einen gewissen Fall ein gewisses Recht, nemlich entweder ihren einstweiligen Besitz zu fodern, oder sich aus ihrem Verkauf bezahlt zu machen, ausüben darf. Ist nun also §. 22. (S. 139 ff.) nachgewiesen worden, daß in der Verpfändung einer res debita das Nomen, dessen Gegenstand sie ist, d. h. das Recht, sie zu fodern, mitbegriffen sein müsse, wenn der Begriff einer wirklichen Verpfändung Statt haben solle, welcher doch anerkannt wird, so scheint auch etwas Aehnliches für das Pfand, welches verpfändet, oder woran ein Pfandrecht bestellt wird, nothwendig Statt finden zu müssen. Denn dieser Begriff, der des Pfandes, kann ja für eine Sache überhaupt nicht bestehen, ohne sie in dem Verhältniß zu denken, daß sie Gegenstand einer gewissen

rechtlichen Beziehung, des Pfandrechts, zwischen zwei Personen ist; durch diese entsteht vielmehr jener; sie verleiht ihm erst seine rechtliche Existenz und Eigenthümlichkeit, mithin sind beide so enge verbunden, und beide Begriffe bedingen einander dergestalt, daß sie jeder getrennt für sich nothwendig untergehen müssen. Wird also ein Pfand verpfändet, (gleichviel ob durch Faustpfand oder Hypothek, nur daß, wenn der Afterverpfänder blos eine Hypothek hat, er daran kein Faustpfand bestellen kann), so kann diesem Geschäft nur die Absicht zur rechtlichen Erklärung untergelegt werden, daß der Afterverpfänder damit dem Pfandgläubiger die Befugniß einräume, an einer ihm selbst verpfändeten Sache das ihm daran zustehende Pfandrecht in dem Kreise seines, des zweiten Gläubigers, eigenen Foderungsrechts auszuüben. Hierdurch ist ebenfalls der Frage und dem Streit, ob hierzu eine Cession erfoderlich, und ob sie möglich, endlich ob sie überhaupt als vorhanden anzunehmen sei, gänzlich vorgebeugt; es ist ein durchaus eigenthümliches Geschäft und Uebergang eines Rechts [1]) vorhanden, welches, wie die Verpfändung eines Foderungsrechts, in der Zulässigkeit und seiner Anerkennung in den Gesetzen selbst seinen Grund, und als ein

---

1) Trotsche (S. 8.) behauptet zwar darum das Gegentheil, weil damit auch das Aufhören des Pfandrechts in der Person des ersten Gläubigers verbunden sei, welchem C. 1. *Si pignus pignori* in den Worten widerspreche, tamdiu eum (secundum creditorem) is, qui jus repraesentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus qui dedit; allein das ist nicht der Fall, denn wenn ich Jemandes Recht auszuüben befugt bin, — wofür eben die Afterverpfändung erklärt ist, — so muß dies natürlich für ihn selbst fortdauern, eben weil ich kein besonderes habe. Somit beweist jene Stelle gegen Trotsche. Wenn dieser für den Begriff der successio hypothecaria das Aufhören des Rechts in der Person des ersten Gläubigers bedingt, so kann er jenen sogar bei wirklicher Abtretung einer Foderung, wofür ein Pfandrecht bestellt worden, nicht eintreten lassen, weil der Cessionar kein eignes Recht ausübt, sondern das eines Andern, und doch leugnet Niemand den Eintritt des Cessionars in die Hypothek. Jener Begriff ist überhaupt ein Unding, wenn man das Aufhören des Rechts für den Vorgänger damit verbindet. Wollte man nemlich, um ihn zu retten, etwa auf die Novation sich berufen, so stände dem wieder der Einwand entgegen, daß dadurch ein neues Recht bestellt werde und nicht das alte fortdauere. Vor solchen Irrthümern bewahrt am sichersten die richtige Ansicht vom Pfandrecht überhaupt; dies ist eine Obligation, und Obligationen bleiben stets dieselben, wenn sie auch ein Dritter und Vierter statt des ursprünglich Berechtigten ausübt.

jüngeres lediglich auf Analogie beruhendes Institut seine Erklärung findet, wenn es befremden sollte, daß es nicht unter den allgemeinern doctrinellen Gesichtspunkt der Cession gebracht werden kann. Darnach muß also der Wille der Contrahenten beim Afterpfande so ausgelegt werden, daß das Pfand und das Pfandrecht zugleich verpfändet seien, weil eines ohne das andere nicht zu denken ist, und dies nicht nur dann angenommen werden, wenn es bei der Verpfändung heißt, das Pfand werde verpfändet, sondern auch wenn blos: das Pfandrecht.

Der Begriff der Afterverpfändung ist also in die vorher gedachte, in der Absicht der Contrahenten liegende Befugniß für den zweiten Pfandgläubiger zu setzen. — Hiermit ist nun zugleich die Frage entschieden, inwiefern das Afterpfandrecht ein am Pfande bestelltes Pfandrecht, d. h. ein neues sei? — Ein solches ist es ganz in demselben Sinne, wie an einem Foderungsrechte ein Pfandrecht besteht, d. h. in Beziehung auf das Verhältniß zwischen Afterpfandgläubiger und Afterverpfänder, während in Bezug auf das zwischen ersterm und dem ersten Pfandschuldner bestehende Verhältniß nur eine Fortsetzung des von diesem dem Afterverpfänder eingeräumten Pfandrechts Statt hat. Gerade dieselben gegenseitigen Stellungen finden beim verpfändeten Foderungsrechte Statt, indem der Pfandgläubiger hier gegen den verpfändeten Schuldner nur das Recht des Verpfänders geltend machen kann, gegen diesen aber als Pfandgläubiger auftritt.

Noch weit lebhafter ist der zugleich viel folgenreichere Streit, ob mit der Bestellung des Afterpfandrechts auch die Hauptfoderung verpfändet sei, wofür das verpfändete Pfand hafte, mithin also die Afterverpfändung in der That nur eine auf eine höhere Potenz erhobene Verpfändung des Foderungsrechts sei, d. h. desselben mit dem Accessorium des Pfandrechts [1]). Die, welche es verneinen, halten diese

---

1) S. vor allem Mühlenbruch a. a. O. S. 332 ff. 506 ff. Löhr Archiv Bd. XIV. S. 163. *Gaupp* l. l. p. 40 sq. *Huschke* l. l. p. 25 sq. Trotsche a. a. O. S. 9 ff. Büchel a. a. O. S. 111 ff. Nur die beiden erstgenannten sind der bejahenden Ansicht.

Meinung für die Folge aus einer irrigen Ansicht über das Wesen der Afterverpfändung; man sei, zur Rettung des dafür aufgestellten unrichtigen Begriffs, nemlich daß sie eine Verpfändung des Pfandrechts sei, da dies an sich keinen Werth habe, genöthigt gewesen, durch Umkehrung der Regel: Accessorium sequitur principale, noch jenen Schritt weiter zu gehen.

Daß der zweite Pfandgläubiger ein wahrer (eventueller) Cessionar sei [1]), ist freilich zu viel behauptet; gewiß ist die Ursache auch dieser Ansicht in dem Bestreben zu suchen, für die Erklärung dieses Rechtsgeschäfts einen allgemeinen doctrinellen Gesichtspunkt aufzustellen. Dagegen ist wiederholt zu erinnern, daß dies weder nothwendig noch zulässig sei. Die Bestellung des Pfandrechts an einem Pfande ist gleich der an einem Foderungsrechte ein eigenthümliches, neuerlich im römischen Rechte erst dann entstandenes Rechtsgeschäft (postquam eo decursum est ut etc.), als schon die Grundsätze über Klagenabtretung und hypothekarische Succession sich festgestellt hatten. Freilich sind in ihm Elemente enthalten, welche gegründetes Bedenken erregen, sie unter die letzteren zwängen zu wollen, obschon sich sehr ähnliche Wirkungen zeigen, welche allerdings zum Classificiren und Systematisiren verleiten, oder dabei in Verlegenheit setzen können. Behält man aber den Ursprung der Sache fest im Auge, die durch das Bedürfniß und die immer größer gewordene Mannigfaltigkeit der Geschäftsverbindung im Creditiren herbeigeführte Nothwendigkeit, die Grenzen des zu Anfang so engen und steifen, mit der Zeit und der Rechtsbildung bei den Römern von Anfang bis zu Ende in steter Fortbildung begriffenen Pfandrechts immer mehr durch den Willen und die Handlungen der Contrahenten selbst zu erweitern, und diesen rechtliche Anerkennung angedeihen zu lassen, und berücksichtigt man ferner, wie der äußerst bildsame Stoff unter den Händen der römischen Rechtsgelehrten sich leicht in andere Formen fügte, und Analogie und Verwandtschaft mit schon vor-

---

1) Mühlenbruch S. 506. der zweiten Ausgabe.

handenen Materien für die Behandlung der neuerwachsenen den natürlichsten Maaßstab abgab, so ist es einerseits ganz begreiflich, wenn die Anwendung der alten Formen auf die letzteren nun Mißverhältnisse erkennen läßt, und andererseits nothwendige Folge, die neuen als eigenthümliche zu betrachten, für welche der neue Stoff selbst als das bei weitem Wesentlichste erscheint, indem die neue Form nur eine Gestaltung derjenigen nothwendigen äußern rechtlichen Erscheinungen für jene war, welche man bisher bei verwandten Geschäften schon eintreten zu sehen gewohnt gewesen. Das Pfandrecht war also, als man die Bestellung eines solchen an Pfändern und Foderungen für zulässig zu finden und einzusehen anfing, ihr rechtliche Wirkung angedeihen lassen zu müssen, bis auf diesen neuen Umstand ausgebildet; das Recht der Foderungen und deren Abtretung, wenn Andere sie an Stelle dessen ausüben sollten, dem sie ursprünglich zustanden, wahrscheinlich auch. Nun entstand eine ganz neue Mischung aus beiden Geschäften; die letzteren durften verpfändet, auch an Pfändern Pfandrechte bestellt werden, und es machte sich die Ausübung von Rechten Anderer durch Dritte nothwendig, wenn das neue Geschäft seinen vollen Zweck erreichen sollte, ohne daß für jene eine eigentliche Abtretung im Willen der Contrahenten lag, während letztere (an Pfändern bestellte Pfandrechte) allein, ohne die Hauptfoderung (wofür die Pfänder hafteten), nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen, die ohne gänzliche Verwischung der Eigenthümlichkeit des Pfandes und Pfandrechts als solchen, gar nicht geändert werden konnten, durchaus unmöglich waren. Hieraus entstand die Nothwendigkeit, die Hauptfoderung und deren Gegenstand als mitverpfändet zu betrachten; und man darf also nicht einwenden, daß widernatürlicher Weise somit das Accessorium das Principale nach sich ziehe, sondern es ist die Verpfändung des erstern nur als eine Form für die Verpfändung des letztern zu betrachten, da freilich in den meisten Fällen hier die Nebensache erst der Hauptsache den wahren Werth geben wird. Eine andere Auslegung ist nicht möglich; denn daß ein Pfandrecht am Pfande bestellt werden könne, ist eine ebenso unbestrittene Sache, als daß

letzteres ohne Hauptfoderung nicht gedacht werden kann [1]). Die von Büchel [2]) hiergegen vorgebrachten Bedenken und Einwürfe können uns in unserer Ansicht nur bestärken. Um diese zu begründen, verlangt er nemlich den Beweis, daß das Pfandrecht im Sinn der Prädialservituten accessorischer Natur sei, d. h. daß wie diese selbst der Ausübung nach nicht vom herrschenden Grundstücke getrennt werden können, so das Pfandrecht nicht von der Foderung. Selbst wenn aber (woran doch wohl kein Zweifel Statt finden kann!) das Pfandrecht weder dem Rechte noch der Ausübung nach getrennt von der Foderung übertragen werden konnte, so würde doch nur immer gesagt werden können, daß darum auch dasselbe nur **mit** der Foderung verpfändet werden könne, nicht, daß stillschweigend die letztere mit ersterm ein Schicksal theile; denn sonst müsse ja die Verpfändung einer Dienstbarkeit auch die des Landguts nach sich ziehen, mithin hier ein pignus praedii und dort ein pignus nominis geschehen sein. — Allein hiergegen ist zu erinnern, daß der Vergleich mit den Dienstbarkeiten darum gar nicht anwendbar ist, weil es unbezweifelt feststeht [3]), daß eine Prädial-

1) Mit der oben vorgetragenen Ansicht, welche aus **meinen** pfandrechtlichen Streitfragen S. 39 ff. entnommen ist, stimmt jetzt **Mühlenbruch** in der neuen Ausgabe seiner Lehre von der Cession S. 337 ff. überein, und man möge es meiner großen Verehrung dieses Rechtslehrers zu gute halten, wenn ich meine Genugthuung darüber auszusprchen nicht unterlassen kann. Er argumentirt so: die accessorische Natur des Pfandrechts erklärt es, daß im pignus pignoris das nomen mitverpfändet sei. Denn das Pfandrecht erfodert ein Nomen als Bedingung; darum kann es nicht allein einem Dritten überlassen werden. Also wäre pignus pignoris entweder unmöglich, oder das Nomen muß mitverpfändet sein. Hätte man auch eine Inconsequenz hier passiren lassen wollen, so war wieder die Sicherheit zu gering, weil die Verfolgung des Pfandes stets von der des Nomen abhängt. Man berücksichtigte also bei solchen Verpfändungen den **Zweck**, der kein anderer sein konnte, als: durch Verpfändung eines Anspruchs an Dritte Sicherheit zu gewähren. Zweifel war darum nicht möglich, weil bei der Verpfändung des **Pfandes** doch der Schuld gedacht sein muß, wofür es besteht. (Hätte nemlich der Verpfänder hierin den zweiten Gläubiger hintergangen, so wäre allerdings eine Nichtigkeit vorhanden.) Danach existirt nun kein Unterschied mehr zwischen pignus pignoris und pignus nominis, und weil das erstere noch wirksamer war, so wurde es gewöhnliche Form, so daß sich das letztere als mitverpfändet dadurch von selbst verstand. — Vgl. noch damit **Dens.** S. 579 ff.

2) a. a. O. S. 111.

3) **Ders.** S. 95.

dienstbarkeit vom Berechtigten gar nicht verpfändet werden darf, und zwar eben darum, weil sie nicht vom Grundstück getrennt werden kann. Finden wir nun, daß das Pfand verpfändet werden kann, dieser Begriff aber ohne die Hauptfoderung und getrennt von ihr auch gleich Null ist, so sind wir ja eben dadurch zur Annahme der stillschweigenden Mitverpfändung genöthigt, weil wir uns sonst selbst die Möglichkeit nehmen, die Gültigkeit der Verpfändung rechtlich zu erklären und zu rechtfertigen. Und damit ist allerdings zugleich dargethan, daß das pignus pignoris das pignus nominis mitumschließe, wobei ohnehin die vorhergedachte, hier sehr wesentlich wirkende Absicht der Contrahenten nicht in Zweifel lassen wird, die stets den praktisch größten Nutzen im Auge habend gedacht werden muß. — Daher ferner, daß das Pfand verpachtet werden könne, wobei Niemand an die Verpachtung des Foderungsrechts denken werde, kann ebensowenig gegen die hier vertheidigte Ansicht angeführt werden. Denn nicht nur, daß es an einer Beziehung gänzlich zu fehlen scheint, in der dieser Umstand als Gegenbeweisgrund gedacht werden könnte, sondern es liegt ja darin nur ein Mittel, Befriedigung aus dem Pfande zu erlangen, wobei es blos als nutzbare und Werth habende Sache in Betracht kommt, über welche der Gläubiger eben wegen der Foderung in dieser Art verfügen kann.

Die Folgen hieraus müssen natürlich sowohl die analoge Klage aus dem mitverpfändeten Nomen, als die analoge hypothekarische Klage sein. Gerade für diesen Umstand ist **Fr. 13. §. 2.** *de Pignoribus* nun besonders entscheidend [1]),

---

1) Trotsche, welcher jede Veränderung im Verhältnisse zwischen dem zweiten Gläubiger und dem ersten Schuldner in Abrede stellt, sowie zwar die Zulässigkeit der Zahlung des letztern an erstern zugiebt, dennoch aber dessen ausschließliche Verhaftung an seinen ursprünglichen Schuldner leugnet, beruft sich dabei noch, ehe er zur Erklärung obgedachter Stelle schreitet, auf: erstens, Fr. 14. §. 3. *de divers. temp. praescr.* — Et si mihi pignori dederis, et ego eandem rem alii pigneravi, *meus creditor* utetur accessione tui temporis, tam adversus extraneum, quam adversus te ipsum, *quamdiu pecuniam mihi non exsolveris*: nam qui me potior est, cum ego te superaturus sim, multo magis adversus te obtinere debet: sed si *pecuniam mihi solveris*, hoc casu accessione tua non utetur. „Da

und also dessen Erklärung von Wichtigkeit; dasselbe lautet also

Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pi-

---

diese Stelle in Ansehung der persönlichen Verbindlichkeit den zweiten Gläubiger nur als den des ersten (meus creditor) betrachte, und die Befugniß, die sie jenem in Bezug auf die Sache zutheile, ihren klaren Worten nach tam adversus extraneum quam adversus dominum nur so lange währen lasse, als dieser an den ersten Gläubiger noch nicht gezahlt habe, so könne an ein Recht des zweiten Gläubigers auf die Leistung des ersten Schuldners um so weniger geglaubt werden, als sich der Jurist sonst ganz anders ausgedrückt haben würde." — Der Inhalt derselben ist aber nichts weniger, als geeignet, das zu Beweisende zu beweisen. Bekanntlich (Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. Anm. 474.) ist sie in anderer Hinsicht sehr schwierig, indem man die Accessio temporis hier nicht recht zu deuten weiß; am wahrscheinlichsten wird sie auf das Interdictum Utrubi bezogen (Savigny Besitz S. 379. Anm. 2.). Nun fragt man doch aber billig, warum erstens auf das meus creditor ein solcher Nachdruck und ein so vielfaches Andere voraussetzender Sinn gelegt, und was für eine andere Bezeichnung hier für den zweiten Gläubiger unter drei zusammentreffenden Personen gebraucht werden solle, da der Bau des ganzen Satzes in der ersten Person (ego) redend angelegt ist? Jedem unbefangenen Gefühl würde der Sinn jener Stelle durchaus einerlei scheinen, wenn sie so anhöbe: Et si Cajo pignori dederit Mevius et Cajus eandem rem Titio pigneraverit, Titius utetur accessione temporis Mevii, etc. Ferner kann in dem quamdiu pecuniam *mihi* (daß in meiner Uebersetzung dieser Stelle im deutschen Corpus Juris Civilis durch einen Druckfehler hier ihn statt mich gesetzt sei, habe ich schon früher [pfandrechtl. Streitfragen S. 44.] bemerkt) non exsolveris ebenso wenig Bezeichnendes gefunden werden, weil ganz dasselbe Statt finden würde, wenn es hieße: *ei* non exsolveris, was von dem folgenden sed si pecuniam *mihi* solveris ebenfalls gilt; denn Trotsche (a. a. O. S. 22.) stellt ja nicht in Abrede, daß der Schuldner des Verpfänders an den Gläubiger des letztern zahlen dürfe, mithin sich und sein pignus befreie, für den hier in Rede stehenden Fall also die Einrede des erstern Klage abwende. — Endlich liefert dessen Auslegung dieser Stelle ein treffendes Beispiel für die hermeneutische Warnung, kein Bruchstück erklären zu wollen, ohne es in seinem ursprünglichen oder jetzigen Zusammenhang zu berücksichtigen, vielweniger einen einzelnen Paragraphen, ohne das ganze Bruchstück; es hebt nemlich, **Fr. 14. *d.*** (**SCAEV.** l. s. *qu. publ. tract.*) so an: De accessionibus possessionum nihil in perpetuum, neque generaliter definire possumus; consistunt enim in sola aequitate. §. 1. Plane tribuuntur his, qui in locum aliorum *succedunt*, sive ex contractu, sive voluntate: heredibus enim et his qui *successorum* loco habentur, datur accessio testatoris. §. 2. *Itaque* si mihi vendideris servum, utar accessione tua. §. 3. *Et si* mihi pignori dederis etc. (ut supra.) Kann wohl deutlicher die Afterverpfändung als Grund einer Successio ausgesprochen werden, welche von der entgegengesetzten Ansicht so sehr bestritten wird? — Zweitens sucht Trotsche S. 22 ff. die aus einer solchen Zahlung entstehenden Fol-

gnus secundo creditori tenetur, et tam exceptio, quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummo-

---

gen lediglich auf die Negotiorum gestio zurückzuführen, und die Stellen, welche man als die Zahlungsverbindlichkeit positiv begründend und als Folge erscheinen lassend anzuführen pflegt, durch Erklärung zu beseitigen. Wir ziehen nur Fr. 11. §. 5. *de Pignerat. act.* in Betracht: Solutam pecuniam accipiendum, non solum si ipsi cui obligata res est, sed et si alii sit voluntate ejus, vel ei, cui heres exstitit, vel procuratori ejus, vel servo pecuniis exigendis praeposito. Unde si domum conduxeris, et ejus partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero, pigneraticia adversus te potero experiri. Nam Julianus scribit, solvi ei posse, et si partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum. Plane in eam duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum conduxi: non enim credibile est hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenerentur. Videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio coenacularii proficiat domino, sed sua propria. Die Erklärung dieser Stelle würde, als von untergeordnetem Einfluß (sie gehört eigentlich zu §. 33. I. A. a. E.) gar keinen Platz hier gefunden haben, wenn nicht Trotsche durch eine versuchte Widerlegung der bisher einstimmig von allen Rechtsgelehrten angenommenen Auslegung ihr eine negative größere Wichtigkeit beizulegen versuchte. Den wörtlichen Inhalt jener Stelle glaubt er, so wie den dadurch gebotenen Sinn nicht beibehalten zu dürfen, und erinnert dawider Folgendes: „Ulpians Absicht gehe dahin, den Satz durch ein Beispiel zu erläutern, daß eine Zahlung dann anzunehmen sei, wenn an einen Andern als den Pfandgläubiger, jedoch mit dessen Willen, gezahlt sei. Aus diesem Grundsatz werde die hier fragliche Entscheidung hergeleitet, was namentlich das verbindende Wort Unde andeute. Dieser Zusammenhang sei unerklärlich, wenn dem Eigenthümer ein Pfandrecht gegen den Aftermiether zugeschrieben werde. Denn was habe denn das zu Grunde liegende Princip mit der Bestimmung gemein, daß der Aftermiether durch Zahlung an den Eigenthümer des Hauses seine Invecta et Illata befreie! waren diese Letzterem verpfändet, sei dann jene Zahlung des Aftermiethers an einen Andern als den Pfandgläubiger geschehen? Halte man fest, daß sich das Bruchstück mit der Zahlung an einen Andern ex professo beschäftige, so würde die dunkele Aeußerung, welche auf ein Pfandrecht des Eigenthümers bezogen werde, nur ganz gelegentlich gemacht, und dieser Abnormität höchst zufällig Erwähnung geschehen sein. Darum dürfe man auf eine so in Schatten gestellte Aeußerung keine so starke Ausnahme von der Regel bauen. Die Worte Plane in eam duntaxat etc. sprächen gar nicht einmal von einem Pfandrecht, sondern dies werde erst hineininterpretirt. Entgegengesetzten Falls müßte ja der Aftermiether zur Zahlung an den Eigenthümer verpflichtet gewesen sein. Ebenfalls unverständlich bleibe der Schlußsatz, wenn man ein Pfandrecht annehme; denn der Eigenthümer habe doch nur mit dem Aftervermiether (bei Trotsche steht S. 32. offenbar durch einen Druck- oder Schreibfehler Aftermiether) contrahirt, wie sei also dies mit der behaupteten Afterverpfän-

rum solutorum nomine utilis actio danda sit, an non, quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro 7. ad Edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cujus no-

---

dung in Einklang zu bringen? Namentlich können dann autem und et in diesem Satze gar nicht erklärt werden; nach seiner Erklärung stände hingegen alles in größter Harmonie; und das Resultat wäre die Rechtfertigung der Bestimmung, daß die Invecta et Illata des Aftermiethsmanns in eam duntaxat summam, in quam coenaculum conduxit, haften, d. h. dem Aftervermiether, durch Gründe." Betrachtet man diesen Schluß genau, so liegt in den betreffenden Worten des Gesetzes entweder die positive Behauptung, daß kein Afterpfandrecht Statt habe, was Niemand behaupten wird, oder jener ist so trivial, (die Pfänder sollen für die Summe haften, wofür sie verpfändet sind; — das bedarf doch keiner Rechtfertigung mit Gründen?), daß es abgeschmackt wäre, ihn zulässig zu finden.

Für die Erklärung jener Stelle ist Folgendes zu berücksichtigen. Es fand in Rom sehr häufig Statt, (s. *Brisson.* de V. S. v. Coenacularius und die dort genannten, ferner Deutsches Corpus Juris Band II. S. 122. Anm. 44. und Band III. S. 422. Anm. 8.), daß einzelne Personen ganze Häuser oder Stockwerke mietheten, ohne sie zu beziehen, sondern aus deren Vermiethen an Andere ein Gewerbe machten. Hierin liegt gewiß der Grund zu dem stillschweigend vermutheten Pfandvertrag zwischen dem Aftermiether und dem Eigenthümer; denn man bedenke, außer der unendlich nahe liegenden Analogie, daß einmal, wenn der Miether gar keine Invecta und Illata einbrachte, der Vermiether nichts gehabt hätte, um sich daran zu halten, sobald ihm keine Zahlung ward, und sodann, welche Ungereimtheit in dem Falle, daß der Miether quaestus caussa das gemiethete Haus in Parcellen veraftermiethete, (davon Coenacularius Zimmervermiether genannt), vorhanden gewesen sein würde, wenn an der Aftermiether Invectis und Illatis nun zwar wohl er, nicht aber der Eigenthümer ein Pfandrecht haben sollte. Dies vorausgesetzt, ist nun die Stelle Plane in eam duntaxat summam etc. lediglich davon zu verstehen, daß des Aftermiethers Hausrat[h] u. s. w. dem Eigenthümer des Hauses zwar pfandweise hafte, allein nur für seinen Miethszins an den Aftervermiether, nicht etwa für dessen ganzen schuldigen Miethzins, und steht somit mit den Worten in Fr. 13. §. 2. *de Pign.* quatenus utraque pecunia debetur parallel. Denn daß der Hausrath dem Aftervermiether nicht weiter hafte, als der Aftermiether coenaculum conduxit, versteht sich doch so sehr von selbst, daß es keiner Erwähnung bedurfte.

Der von Trotsche gerügte Mangel an Zusammenhang ist daher unbegründet. Zugegeben, daß der entschiedene Fall nur erläuterungsweise zu der Anfangs des Paragraphen enthaltenen Hauptregel ursprünglich gestellt war, so ist doch der Uebergang zu dem Verhältniß der Pfänder für eine Schuld, die ein Anderer als der Schuldner bezahlt hat, wenn dieser Andere an deren Rücknahme und Befreiung, wie hier, betheiligt ist, zu natürlich, als daß er einer Erklärung bedürftig wäre. Zugegeben ferner, daß die Erwähnung des Afterpfandrechts hier nur eine gelegentliche ist, so liegt doch klar und deutlich dasselbe darin ausgesprochen vor; denn teneri kommt unendlich oft in den Titeln vom Pfandrecht vor, und heißt

men pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum; si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. (MARC. *l. s. ad formul. hyp.*)

---

nie etwas Anderes als: pfandweise haften; das wird nicht erst hineininterpretirt, sondern es müßte herausinterpretirt werden, wenn man das Gegentheil annehmen will. Falsch ist nicht minder der Schluß, daß ja dann der Aftermiether zur Zahlung an den Eigenthümer verpflichtet gewesen sein müsse. Absolut gesagt, ist dies nicht der Fall; denn wie, wenn der zweite Miether seinen Miethzins bereits gezahlt hat? oder der Eigenthümer unterließ, sich mit demselben in ein festes Rechtsverhältniß durch die Anzeige zu setzen? — Der größte Mangel in der Trotscheschen Erklärung ist aber, daß man über die Hauptworte der ganzen Stelle Plane in eam duntaxat summam etc. keine Aufklärung erhält; man beachte nur das einzige Wort duntaxat, dies zeigt handgreiflich, daß die Invecta et Illata dem dominus aedium haften. Die letzten Worte Videtur autem etc. sind endlich bei dieser Auslegung völlig mißverstanden, „der Eigenthümer sei nicht befugt, aus dem Vertrage des Caenacularii Rechte herzuleiten, und sein eigener Vertrag gebe ihm kein Recht gegen den Aftermiether" (— non pactio coenacularii proficiat domino, *sed sua propria*).

Daraus, daß ausdrücklich gesagt ist, die Invecta et Illata sollen nur für des Aftermiethsmannes Miethzinssumme haften, daß diese Worte nach der Bemerkung folgen, er könne an den Eigenthümer zahlen, und daß jener Satz hieran durch ein Plane duntaxat geknüpft wird, ist klar ersichtlich, daß sie einem Andern pfandweise haften, als dem Aftervermiether; denn, wiederholt gesagt, ist einem römischen Juristen gar nicht zuzumuthen, so recht mit Nachdruck hervorgehoben zu haben, daß, wenn des Titius Vermögen dem Cajus für hundert verpfändet werde, es auch nur für hundert und nicht für hundertundfunfzig verpfändet sei. Daß ferner von einer stillschweigend vermutheten Uebereinkunft hier die Rede sei, beweist das folgende non enim *credibile* est zur Genüge. Daß das hoc convenisse ferner eine Uebereinkunft zwischen dem Aftervermiether und dem Aftermiether bedeute, leidet ebenso wenig einen Zweifel, als daß das zweite hoc convenisse im Schlußsatz (Videtur *autem* tacite *et* cum domino aedium hoc convenisse) im klaren Gegensatz zum ersten stehe; es wird also dessen stillschweigendes Pfandrecht nicht auf des Coenacularii Contract mit dem Aftermiether basirt, obwohl dieser bewirkt, daß des letztern Invecta und Illata nur auf die Summe seines Miethzinses pfandweise dem Eigenthümer haften, sondern auf ein eigenes stillschweigendes Uebereinkommen mit dem Eigenthümer, daß nemlich seine Invecta et Illata ihm haften sollen für des Aftervermiethers Miethzins, soweit er den des Aftermiethers nicht übersteigt. Freilich ist hier von keiner Abtretung eines Rechts aus dem Pachtcontract, und einem Eintritt in denselben die Rede, sondern es liegt der Sinn darin, daß zwischen Eigenthümer und Aftermiether ein stillschweigender Pfandvertrag (dessen vermuthete Annahme ist stets der Schlüssel für den Act der Verpfändung) bestehend angenommen wird, sobald letzterer eingezogen ist. S. Mühlenbruch Cession S. 316. 317. Auch hierin stimmt er jetzt (n. Ausg. S. 320. 21.) mit der vorherigen Erklärung überein. Sonach ist der Inhalt jener vielbespro-

Wir haben die verschiedenen Erläuterungen dieser Stelle an einem andern Orte [1]) schon so ausführlich kritisirt, daß wir darauf zurückverweisen können, und uns daher hier mit der Entwickelung der richtigen begnügen müssen.

Wir wollen eine richtige Uebersetzung [2]) voranstellen, um dann aus der Zusammenstellung der Sätze den Sinn des Ganzen erkennen zu lassen.

> Da man nach und nach als Regel angenommen, daß ein Pfand verpfändet werden könne, so haftet das Pfand dem zweiten Gläubiger, insoweit das beiderseits darauf empfangene Geld nicht zurückgezahlt ist, und es muß ihm sowohl eine analoge Einrede als eine analoge Klage ertheilt werden. Sobald der Eigenthümer aber seine Schuld berichtigt hat, erlischt auch der Begriff des Pfandes. Es kann aber dagegen Zweifel entstehen, ob dem [zweiten] Gläubiger in Bezug auf die [in Folge

---

chenen Stelle paraphrasirt von den Worten Nam Julianus an folgender: Denn nach Julianus kann er an den ersten Vermiether unmittelbar zahlen, obgleich ihn dieser nicht etwa unmittelbar auf Zahlung, sondern blos mit der hypothekarischen Klage in Betreff der Illata etc. aber immer nur auf den Betrag der Summe, um welche er vom Aftervermiether gemiethet hat, belangen kann; denn wiewohl diese überhaupt pfandweise haften, so ist doch der hier juridisch anzunehmende stillschweigende Pfandvertrag nicht so auszulegen, als solle der Hausrath des Aftermiethers für den Miethzins seines Aftervermiethers haften, und sodann ist auch von Seiten des erstern kein Eintritt in den Contract des letztern anzunehmen, sondern ein unmittelbares stillschweigend bestehendes Uebereinkommen zwischen jenem und dem Eigenthümer vorhanden. Des Aftermiethers Invecta und Illata sind mithin stillschweigend für den ersten Miether an den Eigenthümer, jedoch nicht auf dessen ganze Schuld an letztern, sondern nur im Betrage des Aftermiethzinses, verpfändet, er wird für letztern durch Zahlung an den Eigenthümer frei, so wie durch dieselbe an den Aftervermiether, dafern von Seiten des Eigenthümers die Anzeige an ihn unterblieben ist. Das ist in der Kürze das hier Statt findende rechtliche Verhältniß.

Nach dieser Erklärung erhellt, daß auf die vor der Erläuterung dieses Gesetzes aufgeworfene Frage dasselbe gar keinen Einfluß habe, nicht einmal einen mittelbaren.

1) In meinen pfandrechtlichen Streitfragen S. 54 ff. Die neuere Mühlenbruchsche wird allein nachher erwähnt werden S. 183. (1.)

2) Sie ist im Wesentlichen dieselbe, wie die von mir im Deutschen Corpus Juris Bd. II. S. 480., nur daß ich in der Stelle is cujus nomen etc. damals aus Versehen nomine gelesen habe, was aber in der Hauptsache keinen Eintrag thut.

der ersten Verpfändung] zurückgezahlten Geldstücke eine analoge Klage zu verstatten sei, oder nicht; denn wie wenn [der Gegenstand der Verbindlichkeit] eine Sache [und diese] entrichtet worden war? Hier hat Pomponius Recht, wenn er im siebenten Buche zum Edicte schreibt, daß, wenn der, dessen Schuldfoderung verpfändet worden, Geld schuldig war, der zweite Gläubiger, wenn er es eingezogen, es auf seine Foderung abrechnen dürfe, wenn jener aber eine Sache zu entrichten gehabt und [an den letztern] abgeliefert habe, dieselbe an Unterpfandes Statt dem zweiten Gläubiger verbleiben werde.

Die fragweise Stellung in dem Dubio dieses Bruchstücks ist zwar eine von denen, welche die Antwort, wo nicht enthalten, (was bekanntlich in den Digesten oft vorkommt,) doch andeuten; denn die entscheidende Antwort folgt hinterher; allein daß danach die erste Hälfte der Frage verneint und die zweite nur bejahet werde, wie Manche wollen [1]), ist unrichtig, und namentlich beweist dies nicht blos die Stellung, sondern auch die Antwort des Pomponius. Quid enim bezeichnet nemlich in der Regel eine solche Redewendung nach einer vorangegangenen Frage, wodurch die Antwort insofern durch eine Vergleichung noch mehr vorbereitet und näher gelegt werden soll, als das Zweifelhafte der erstern sich zwar in der zweiten auch findet, aber weniger schwer zu entscheiden, und somit läuft natürlich die Beantwortung auf Eins hinaus. Daß Pomponius einen andern Fall entschieden habe, als Marcian, ist nicht nur historisch gewiß, sondern auch daraus, daß während Marcian nach der Klage für den nicht besitzenden Pfandgläubiger fragt, Pomponius von der Einrede für den besitzenden handelt. Die Frage nun, „wie denn Marcian dazu komme, für seinen Fall die Entscheidung des Pomponius über einen scheinbar entgegengesetzten anzuführen?" findet lediglich in folgender Betrachtung ihre Antwort: manche Rechte können bekanntlich sowohl

---

1) Mühlenbruch a. a. O. S. 333 ff. lehrte dies früher.

im Wege der Klage als der Einrede geltend gemacht werden, je nachdem sich der Berechtigte im Besitz befindet oder nicht; dahin gehört das Pfandrecht. Soll nun, ob ein Pfandrecht in einem gewissen Fall überhaupt Statt finde, durch eine juridische Autorität (wie hier), entschieden werden, so ist es begreiflich sehr einerlei, ob der Rechtsgelehrte, dessen Entscheidung angeführt wird, einen solchen Streit entschieden hat, worin es durch die Einrede, oder worin es durch die Klage geltend gemacht worden war. Genug, daß, wenn dafür entschieden worden ist, das Pfandrecht damit überhaupt anerkannt ward; es entsteht, wenn es, wie in Pomponius Fall, auch nur einredeweise geltend gemacht werden konnte, dennoch daraus die nothwendige Folge, daß es auch klagbar sein müsse; denn ohne Klage ist kein Pfandrecht denkbar, und dieses besteht vielmehr in jener. Nun sehen wir außerdem zu Anfang der Stelle, daß sowohl von der Einrede als der analogen Klage für den Afterpfandgläubiger ausdrücklich die Rede, mithin dadurch der Gedankengang in den folgenden Sätzen eingeleitet, sowie die gewählte Form für die Entscheidung in Verbindung gebracht ist. Die Anwendung der Pomponiusschen Entscheidung muß nun folgendermaßen geschehen: für körperliche Gegenstände tritt der Begriff von Pfand ein; für Geld die Compensation; diese ist ebensowohl ins Futurum gestellt (compensaturum) wie in Fr. 18. *de P. A.*, damit also ein Dürfen, eine Befugniß für den Gläubiger angedeutet, denn zur Compensation würde er unter diesen Umständen nicht genöthigt werden können, wenn er sonst zur Herausgabe erbötig ist. Damit ist nun jedenfalls hier nicht weniger, nicht etwas Geringeres angedeutet, als das Pfandrecht gewährt, sondern noch mehr; erst durch Veräußerung des Pfandes würde das erreicht werden, was jene gewährt. Die gewiß mit großer Bedeutsamkeit auf die Nummi, nicht auf die Pecunia, gerichtete Frage, welche ja auch Gegenstand der Eigenthumsklage sein können, weshalb gar nichts Auffallendes darin liegen kann, Geldstücke als Gegenstände des Pfandrechts anzusehen, ist daher schon hiedurch bejahet, obschon dies ohnehin auch durch die unbestrittene Bejahung der zweiten Hälfte der

Frage, wegen der nachgewiesenen Gleichheit der Entscheidung, erhellt [1]).

Wir haben oben (S. **171.** ff.) dargethan, aus welchen rechtlichen Gründen die Verpfändung des Nomen mit der Bestellung des Pfandrechts am Pfande stillschweigend geschehen angenommen werden müsse, und darauf hingewiesen, daß **Fr. 13. §. 2.** *d.* dies bestätige; dieser Beweis wäre noch zuletzt zu führen. Die Entscheidung des Pomponius berechtigt, wenn man sie auch nur von einem verpfändeten Nomen und nicht von einem zugleich verpfändeten Pfandrecht versteht, offenbar zu der Folgerung, daß, wenn an einem Pfande ein Pfandrecht bestellt sei, und dem zweiten Gläubiger vom ersten Schuldner solvirt werde, er auch compensiren und, wenn es eine körperliche Sache ist, sie als Pfand behalten könne. Dies folgt nemlich daraus, daß ohnedies die Zusammenstellung jener Entscheidung mit dem Marcianschen Fall ohne alle Beziehung und mit einem Wort unerklärlich wäre. Nun ist vorher nachgewiesen worden, daß, was hier von der Einrede gesagt ist, die bei der Geldfoderung der Natur des Geldes zufolge zur Compensation berechtigt, und also gar keine wesentlich unterschiedene Ausnahme in rechtlicher Hinsicht begründet, sondern den Gläubiger nur noch vortheilhafter stellt, als beim Pfande, ganz gleichergestalt auch von der Klage gelten müsse, sobald der zweite Gläubiger der Empfänger nicht gewesen, oder das Empfangene wieder verloren hat. Damit hängt nun natürlich der Schluß zusammen, daß in diesem Falle der zweite Pfandgläubiger die Klage wie beim verpfändeten Nomen haben müsse, weil jene Einrede nichts weiter als der wesent-

---

1) Ich habe mich nicht entschließen können, meine obige Meinung — ebenfalls aus meinen pfandrechtlichen Streitfragen S. 68 ff. — gegen die neuere Mühlenbruchsche S. 344 f. aufzugeben, wonach der Gläubiger nur ein Compensations- und Retentionsrecht erhalte, wenn er den Gegenstand vereinnahmt hat, nicht aber die Klage. Meine Gründe scheinen mir die seinigen, welche hauptsächlich in der oben widerlegten Ansicht von pignoris loco esse ihren Sitz haben, immer noch zu überwiegen, und namentlich meine Auslegung und Uebersetzung der Stelle, sowie meine Ansicht über das Verhältniß des Pomponiusschen Satzes richtiger. Vgl. oben S. 158.

liche Inhalt der Klage, nur aus zufälligen Umständen in anderer Gestalt, ist.

So stellen sich nun als Resultat dieser Untersuchung folgende Sätze fest:

1) Die Verpfändung eines Pfandes begründet für den Afterpfandgläubiger ein Pfandrecht höchstens in dem Umfange an der Sache, wie sie dem verpfändenden Gläubiger verhaftet ist.

2) Zugleich mit ihr ist die Hauptfoderung verpfändet zu verstehen, wofür sie haftet, weil der Begriff Pfand ohne diese nicht zu denken ist, und wenn daher dessen Verpfändung in den Gesetzen rechtliche Anerkennung findet, ohne daß ersterer gedacht wird, diese stillschweigend als mitverpfändet betrachtet werden muß; weil nun das Pfandrecht für den zweiten Gläubiger der interessanteste Umstand als Sicherheitsmittel ist, so ist damit zugleich die vorzugsweise und alleinige Benennung desselben als verpfändeten Gegenstandes in den Gesetzen erklärt, wo vom Afterpfandrecht gehandelt wird.

3) Es äußern sich also dieselben Folgen, wie beim verpfändeten bloßen Nomen, d. h. der Afterpfandgläubiger erhält, wie hier der Pfandgläubiger, eine Anzeigebefugniß an den verpfändeten Schuldner und die analoge persönliche Klage gegen ihn auf Solution, gleichviel ob fungibeler oder nichtfungibeler Sachen, und wenn jene an den Verpfänder Statt gefunden, die hypothekarische analoge Klage, gleichwie wenn sie an ihn geschehen ist, er aber den Besitz verloren hat; außerdem aber darf er empfangene fungibele Sachen auch compensiren.

Es ist nun das durch eine Afterverpfändung entstehende gegenseitige Verhältniß der betheiligten Personen, so wie dessen Bedingungen und Folgen, genauer zu erörtern, welches Alles am natürlichsten aus dem Wesen derselben entwickelt wird; die Quellen schweigen davon ganz [1]).

---

1) S. Löhr a. a. O. S. 163. — Vgl. nun auch Mühlenbruch a. a. O. neue Ausg. S. 523.

Das Verpfändungsrecht des Pfandes übt der Pfandgläubiger durchaus selbstständig als solcher, und nicht als Procurator des Verpfänders [1]), und zwar kann dies sowohl durch Hypothekvertrag, wie durch Faustpfand geschehen, vorausgesetzt, daß der Afterverpfänder letztern Falls selbst ein solches hat. Gleichgültig ist ferner, ob ihm ein allgemeines oder ein besonderes Pfandrecht zusteht; wenn aber dieses neben jenem, so daß das Wahlrecht für den Gläubiger zur Veräußerung beschränkt sein würde (s. §. 51. a. E.), so scheint die Analogie das Gleiche bei der Afterverpfändung zu gebieten.

Man wird zwar beim Begriff des Afterpfandes stets an einen vertragsmäßig besondern Ursprung desselben zu denken geneigt sein; indessen ist nicht zu leugnen, daß durch ein allgemeines freiwilliges wie nothwendiges Pfandrecht, wenn das verpfändete Vermögen Foderungen umschließt, für welche ein Pfandrecht besteht, ein durchaus gleiches rechtliches Verhältniß entstehe. Auch dem ist zwar widersprochen, und behauptet worden [2]), daß ein Afterpfandrecht nur durch eine besondere Uebereinkunft begründet werden könne, und sonst nicht; allein es mangelt, beim völligen Schweigen der Gesetze, an allem Grunde, von den allgemeinen Regeln des Pfandrechts über die Einflußlosigkeit der Entstehungsart eines solchen auf seine allgemeinen Wirkungen abzuweichen [3]).

---

1) S. Trotsche a. a. O. S. 11. und dort die vollständige Literatur.

2) Trotsche S. 16 f.

3) Wider ihren Willen und im Widerspruch mit sich selbst gelangt die widersprechende Meinung Trotsche's S. 5. nebenbei zu dem Resultat, daß es einen Unterschied zwischen der Verpfändung eines Pfandes und eines Pfandrechts gebe, indem sie nur letzteres als in eine allgemeine und nothwendige Verpfändung begriffen zugiebt. Dennoch erklärt aber derselbe Verfasser S. 44. die besondere Verpfändung eines Pfandrechts als Hauptgeschäft für ein Unding; woher nun dessen Zulässigkeit bei einer allgemeinen Verpfändung? — Alle diese radikalen Widersprüche vermeidet man durch die Festhaltung am richtigen, oben (S. 168 ff.) entwickelten Begriff vom Gegenstande des Afterpfandrechts, und an der Unzertrennlichkeit des Pfandrechts vom Pfande selbst, so daß wir nicht einmal daran zu erinnern und die Frage aufzuwerfen brauchen, wie denn jene Theorie ein in dem Inbegriff eines verpfändeten Gesammtvermögens befindliches Faustpfand betrachtet wissen wolle?

Die gegenseitigen Befugnisse und deren Ausübung regeln sich nach dem S. 171. ausgesprochenen Grundsatz, daß das Afterpfandrecht in Bezug auf die beiden Gläubiger als ein neues Pfandrechtsverhältniß entsteht, in Bezug auf den Afterpfandgläubiger und den ersten Pfandschuldner aber das bestehende als übertragen fortdauert, und daß, da das Afterpfandrecht in der That nur die Verpfändung eines Foderungsrechts mit dem Accessorium des Pfandrechts enthält, alle von dieser Verpfändung geltende Regeln auch auf jenes anwendbar sind [1]). Es begründet daher auch das bestehende Vertragsverhältniß zwischen den beiden Gläubigern die persönlichen Pfandklagen nach den gewöhnlichen Grundsätzen (s. §. 26. 27. und §. 62.).

Irrig ist also die Meinung, daß der Afterverpfänder zum Afterpfandgläubiger in demselben Verhältniß stehe, wie ein nachstehender Pfandgläubiger zu dem ihm vorgehenden [2]), und beide generisch gleiche Rechte haben. Vor solchen Abwegen bewahrt, einem Compaß gleich, der Satz, daß das Pfandrecht eine Obligation sei, die in der Pfandklage besteht, und kein s. g. Jus in re aliena; nur dieser falschen Grundansicht sind die einzelnen weitern irrigen Folgerungen und das Bestreben, Vergleiche und Aehnlichkeiten aufzufinden, um sich durch Analogieen zurecht zu helfen, entsprossen. Freilich kann ein nachstehender Pfandgläubiger seine pfandrechtlichen

---

1) S. Mühlenbruch a. a. O. S. 524. Trotsche S. 34 ff., welcher die Uebertragung des bestehenden Pfandrechts ebenso sehr in Abrede stellt, als daß die Foderung mitverpfändet werde und im Afterpfandrechte nur ein selbstständig am Pfande eingeräumtes Pfandrecht sieht, wird dadurch genöthigt, das Verhältniß zwischen den betheiligten Personen aus allen möglichen Beziehungen her im Einzelnen zu entwickeln, die sich meist als verfehlt zeigen, wogegen man von unserm Standpunkte aus das Ganze im Zusammenhange übersieht; statt eines sicher leitenden und consequenten Grundgedankens muß er sich einer Masse von einzelnen Hypothesen überlassen. Da wir in dem ersten Theile dieses Paragraphen unsere Theorie in ihrer Basis befestigt haben, so können wir bei den Folgen daraus weniger weitläuftig im Bekämpfen derer aus der bestrittenen Trotscheschen sein, weil diese von selbst dadurch als Folgen grundlos erscheinen; wir werden daher der wichtigeren nur gelegentlich gedenken.

2) Trotsche S. 37 ff.

Befugnisse gegen Jedermann mit Ausnahme des ihm vorgehenden Pfandgläubigers ausüben; anders aber ist es mit dem Afterpfande; denn das Pfandrecht ist die Pfandklage; ist jenes mit dem Pfande, wie oben gezeigt worden, verpfändet, so ist es die Klage, und also kann der Afterverpfänder während der Dauer des Pfandverhältnisses so wenig ein Recht in dieser Beziehung ausüben, wie beim verpfändeten Foderungsrecht, vorausgesetzt, daß die gegenseitige Stellung durch die Anzeige einen endlichen Character angenommen hat. Auch kann daher keine Analogie für das Gegentheil genommen werden, daß der verpfändende Eigenthümer die Eigenthumsklagen behalte; denn dem Afterpfandgläubiger ist ja die Hauptfoderung und also die Hauptklage verpfändet. Da nun die hypothekarische Klage nur Der haben kann, der die Hauptfoderung hat, so kann sie nur und allein der Afterpfandgläubiger haben. Wäre die Klage des Afterverpfänders nicht mit der des Gläubigers identisch, warum wäre sie denn für diesen eine utilis? Wenn das Pfandverhältniß hier eine neue gäbe, und der Vertrag zwischen dem Afterverpfänder und seinem Pfandgläubiger nicht blos die Ausübung der bestehenden Klage verstattete, so müßte ja die neue Klage eine directe sein. — Die Ausübung der Klage selbst erfodert Fälligsein beider Foderungen, wie beim verpfändeten Foderungsrechte, und richtet sich übrigens nach den gewöhnlichen Regeln in jeder Beziehung. Was von ihr, gilt auch von den übrigen pfandrechtlichen Rechtsmitteln. Eben davon hängt natürlich die Ausübung des Verkaufsrechts ab, welches dem Afterpfandgläubiger zusteht [1]). Der Afterpfandgläubiger hat dabei sowohl die etwanigen vertragsmäßigen Bestimmungen zu beobachten, worüber er mit dem Verpfänder sich geeiniget, als welche dieser beim Ausüben seines Rechts selbst zu beachten gehabt haben würde. Die Förmlichkeiten des Verkaufs, Anzeige und zweijährige Wartezeit, hat der zweite Gläubiger nur gegen den ersten Schuldner, nicht gegen den Afterverpfänder zu beobachten [2]). Hat

1) Mühlenbruch a. a. O. S. 524.

2) S. Trotsche S. 47., dessen Theorie dies eigentlich zuwider ist,

er dabei die gesetzlichen Formen vernachlässigt oder unredlich veräußert (§. 54.), so können nur ganz dieselben Folgen analog eintreten, wie wenn es der erste Gläubiger in Betreff seines Schuldners gethan hat. Im ersten Falle, wo auch die Förmlichkeiten nicht durch einen Vertrag mit dem Eigenthümer des Pfandes allein, oder mit dem Afterverpfänder allein modificirt werden können, ist also Nichtigkeit der Handlung, jedoch bei Fortdauer des Pfandrechts, die Folge; im zweiten setzt sich der Verkäufer der Klage auf das Interesse [1]), oder den Kauf der Rescission aus [2]). — Die Einrede der Excussion (s. §. 59. A.) für den ersten Schuldner kann hier darum nicht Statt haben, weil das gegen ihn durch den Afterpfandgläubiger ausgeübt werdende Pfandrecht nur das des ersten Gläubigers, d. h. des Afterverpfänders ist, und da er jenem zweifelsohne dieselben Einreden wie diesem entgegensetzen darf, so ist letzterer auch in der ihm günstigen Beziehung für dessen Nachfolger zu betrachten. Ebenso müssen vom Zuschlag des Eigenthums nnd dem Wiedereinlösungsrecht, beides nur in Bezug auf den ersten Schuldner denkbar, die gewöhnlichen Grundsätze gelten.

Die Wirkungen des Verkaufs sind durchaus dieselben, wie wenn der erste Gläubiger verkauft hätte [3]). Ob diesem

---

da man doch, wenn das Afterpfand nur ein wahres am Pfande bestelltes neues Pfandrecht wäre, zu erwarten berechtigt ist, daß der Afterverpfänder nur auch auf die Rechte eines Pfandschuldners Anspruch habe.

1) Fälschlich wird von Trotsche S. 48. die Fortdauer der Zuständigkeit der hypothekarischen Klage für den ersten Gläubiger als Folge aufgestellt.

2) Der erste Schuldner ist dazu gegen den Afterverpfänder berechtigt und dieser wieder gegen den Afterpfandgläubiger, und zwar durch die Pfandhauptklage; dieser ist zwar für solche Fälle in den Quellen ausdrücklich nicht gedacht, allein sie ist ohne Zweifel zuständig; vgl. Trotsche a. a. O. S. 52. 55.

3) C. 1. *Si pignus pignori.* — Etiam id quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, jamdudum placuit, sc. ut sequenti creditori utilis actio detur, tamdiuque eum is, qui jus repraesentat, tueatur, quamdiu in caussa pignoris manet ejus, qui dedit. Sed si vos usumfructum possessionis tantummodo pignori dedistis, isque qui accepit, alii eam possessionem, cujus usumfructum nexum habebat, sine vestra voluntate pignoravit, creditor ejus id, in quo pignoris vinculum non constitit, distrahens, dominio vos privare nequivit. Quodsi non fuit vestro creditori ususfructus, sed ipsa possessio pignerata, et ante exsolutam a domino pecuniam creditor secundus pignus

das Verkaufsrecht zuständig bleibe, ist eine sehr feine und schwierige Frage. Bejahet könnte sie nur werden, wenn man eine Analogie des Eigenthümers anerkennt. Für ihre Verneinung hingegen spricht der Umstand, daß der Afterverpfänder nach der Anzeige alles Verfügungsrecht über seine Foderung verliert, und also auch über das Pfand, weil dies zu jener gehört; denn der Schuldner ist dadurch in ein festes Verhältniß mit dem Afterpfandgläubiger gebracht, und erhält gegen jeden Andern die Einrede der Arglist oder in factum, wird auch durch Solution nicht frei. Vor geschehener Anzeige freilich kann der Afterverpfänder den Pfandgegenstand vernichten, und bleibt nur zum Interesse verpflichtet. Mit den etwanigen späteren Pfandrechten, welche aber durch die Afterverpfändung nicht nachtheiliger gestellt werden können, erlischt dann auch das des Verpfänders; alles was sonst über die Hyperocha gilt, hat auch hier volle Anwendung. Doch hat der Aftergläubiger wegen seines eigenen Contractsverhältnisses mit dem Afterverpfänder an Niemand als an diesen jene herauszugeben. Wenn die beiderseitigen Foderungen nicht in Gelde bestehen, so wird deren Werth durch die Streitwürderung ermittelt [1]).

Für die Aufhebung des Afterpfandrechts kommen dieselben Regeln zur Anwendung wie für die des Pfandrechts [2]), außer diesen aber noch die Aufhebung des Pfandrechts des Afterverpfänders selbst, weil dieses in der That sein eigenes Pfandrecht ist [3]). Doch kann durch die einseitige Verfügung desselben das nicht mehr geschehen, sobald durch die Anzeige an den ersten Schuldner sich der Afterpfandgläubiger zu diesem in ein festes Rechtsverhältniß gesetzt hat. Um sein Pfand einzulösen, braucht aber dieser dem zweiten Gläubiger nicht

---

acceptum vendidit, non posse venditionem post solutam pecuniam rescindi, divorum principum placitis continetur. (238.)

1) Trotsche S. 54.

2) Ders. S. 59.

3) Fr. 40. §. 2. *de P. A.* — Soluta pecunia creditor possessionem pignoris, quae corporalis apud eum fuit, restituere debet, nec quicquam amplius praestare cogitur. Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam, quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur. (PAP. 3. *resp.*)

mehr zu zahlen, als seinem eigenen [1]); ist die Foderung des erstern geringer als die des letztern, so bleibt dessen Pfandrecht bestehend, auch wenn der erste Schuldner das des zweiten Gläubigers durch Zahlung der geringern Foderung desselben getilgt hat.

Wenn Mehreren ein Pfandrecht vom Afterverpfänder eingeräumt ist, so läßt sich nach Anleitung der gewöhnlichen Grundsätze vom Pfandrecht die Zulässigkeit des Angebotsrechts zwischen ihnen (s. §. **46. 2.**) nicht bezweifeln. Dies kommt noch von mehreren Seiten her in Betracht [2]). Der Afterpfandgläubiger muß nemlich auch zu demselben wider Dritte allerdings berechtigt sein, wozu freilich eine solche Stellung seines Auctors, des Afterverpfänders, vorauszusetzen ist, daß ihm jenes Recht zugestanden hätte. Hieraus kann späterhin die Möglichkeit entstehen, daß er das Pfandrecht verliert, welches ihm durch Angebot ein anderes verschafft hat, während er letzteres behält. Sicherlich kann ferner auch gegen ihn das Angebotsrecht von Andern ausgeübt werden, doch muß dann, um sichern Erfolg zu schaffen, durch die Abfindung des zweiten Gläubigers auch die des ersten mittelst Gegenrechnung herbeigeführt werden. Dagegen kann die Abfindung des Afterverpfänders zu keinem dem Afterpfandgläubiger nachtheiligen Ergebniß führen, sondern es kann der Abfinder die dadurch erworbene Foderung mit dem dazu gehörigen Pfandrecht nur in ihrer Lage (cum sua caussa) erwerben, d. h. als verpfändet, und nicht eher das Pfandrecht ausüben, als bis er auch den Afterpfandgläubiger noch abgefunden hat.

Geräth der Eigenthümer des Afterpfandes in Concurs, mit welchem Fall der Concurs des verpfändeten Schuldners

---

1) C. 2. *Si Pignus pignori.* — **Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris jure fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit, examinata fide veri poteris eam soluto eo, quod ex hac caussa creditori debetur, intercessu Praesidis provinciae recuperare. (290.)**

2) Nur ist freilich daran nicht zu denken, daß der Afterverpfänder es solle gegen den Afterpfandgläubiger ausüben dürfen, oder umgekehrt; letzteres (was Trotsche will, s. S. 70.) beruht auf der irrigen Ansicht vom Angebotsrecht überhaupt, wonach es der vorgehende Gläubiger soll ausüben dürfen, s. §. 46. 2.

bei blos an einem Foderungsrechte geschehener Pfandbestellung (s. S. 163 f.) ganz gleich zu beurtheilen ist, so hat der Afterpfandgläubiger, sobald Anzeige an jenen vorausgegangen (s. übrigens S. 146.), die Anmeldung der mitverpfändeten Hauptfoderung Behufs deren Befriedigung aus dem Pfande zu bewirken; denn sie ist gleichbedeutend mit der ihm zuständigen persönlichen Klage. Der Afterverpfänder hat nur die Anmeldung insoweit zu machen, als die Foderung seine eigene Schuld übersteigt; außerdem kann ihn nicht einmal die Vorsicht dazu berechtigen, oder die Anmeldung rechtfertigen. Die Verhältnisse des verpfändeten Pfandrechts werden jedoch dadurch, wegen seiner Untheilbarkeit, nicht berührt [1]). — Der dem Afterverpfänder bei solcher Gelegenheit durch Nachlässigkeit oder Verschulden des Afterpfandgläubigers entstandene Schaden berechtigt ihn außer der Befugniß zur Gegenrechnung zur Entschädigungsfoderung mittelst der persönlichen Pfandcontractsklage. — Geräth der Afterverpfänder in Concurs, so ist dies nach den für die Verpfändung des bloßen Foderungsrechts S. 163 f. gelehrten Grundsätzen zu beurtheilen.

Für die Afterverpfändung einer Foderung endlich gelten die Regeln, welche wir für die Verpfändung eines Foderungsrechts und die Afterverpfändung überhaupt aufgestellt haben, gemeinschaftlich. Da sich deren Anwendung ganz von selbst an die Hand giebt, so ist eine weitere Erörterung überflüssig.

---

1) Trotsche's Ansichten und Folgerungen für den Concurs aus seiner Theorie sind verfehlt und irrig.

Vierter Abschnitt.

Von den Entstehungsgründen des Pfandrechts.

---

§. 24.

Allgemeine Bemerkungen.

Das Pfandrecht, als Begleiter vertragsmäßiger Obligationen und selbst eine Obligation, findet seinen Grund zunächst in der Uebereinkunft zwischen den Contrahenten [1]). Das römische Recht hat aber dessen Entstehung zum Theil ohne den ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen der Betheiligten zu erwarten, unmittelbar von gesetzlichen Bestimmungen abhängig gemacht, theils sie der richterlichen Gewalt anheimgegeben. Für die erstere Anordnung, welche allerdings auffallen muß, da sie ein so besonderes und ausschließendes Recht anordnet, vorgreifend ohne Zuthun Derer, die es angeht, bietet sich ein doppelter Gesichtspunkt dar, unter welchen sich die einzelnen Fälle bringen lassen; einmal das höhere Interesse, das des gesammten gesellschaftlichen Vereins, d. h. des Staates, und sodann ein Gefühl der Billigkeit, welche gewissen Personen theils an bestimmten Sachen Anderer besondere Rechte zueignet, theils beim

---

1) Fr. 1. §§. 3. 4. *de Pactis.* — Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique caussa consentiunt, qui inter se agunt; nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, i. e. in unam sententiam concurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. §. 4. Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt, veluti in emtionem, in locationem, in pignus, vel in stipulationem. (ULP. 4. *ad Ed.*) C. 2. in f. *de Remiss. pign.* C. 2. *Quae res pignori.*

Rechtsschutz überhaupt zu Theil wird. Beide haben zwar das mit einander gemein, daß sie den ausdrücklichen Willen Dessen gar nicht berücksichtigen, an dessen Sache das Pfandrecht entsteht, allein die erste ist von der zweiten darin verschieden, daß bei dieser der Antrag Dessen, der das Pfandrecht erwerben will, vorangegangen und die Verfügung des Richters darauf ausdrücklich erfolgt sein muß. Dagegen aber erkennt das römische Recht sowohl bei den gesetzlichen (s. §. **32.**) als den richterlichen Pfandrechten (s. §. **37. 38.**) jenen Hauptgesichtspunkt für die Entstehung des Pfandrechts, die Uebereinkunft, insofern an, daß es beide Arten auf eine solche stillschweigende zurückführt und daraus juridisch erklärt. (S. o. S. **11.**)

Hierauf gründet sich die Eintheilung in freiwilliges und nothwendiges Pfandrecht (pignus voluntarium et necessarium), die, weil sie alle Pfandrechte umfaßt, als die oberste zu betrachten ist. Mit dem erstern ist darum der Anfang zu machen, weil es als das ältere Veranlassung zur Entstehung des nothwendigen ward. Für die Entstehung desselben, von welcher der Ausdruck **Bestellung** ausschließlich gilt, sind zwei Formen vorhanden, Uebereinkunft des Gläubigers mit dem Verpfänder, und letztwillige Verfügung des letztern.

Noch sind zwei besondere Entstehungsarten nicht zu übersehen; zuerst die der Verwandlung eines andern Rechtsgeschäfts in Pfandrecht. Hierher kann nur ein einziges Geschäft gerechnet werden, nemlich der Nebenvertrag, wodurch der Deponent dem Depositar das Recht zugesteht, auf den Fall, daß er eine Foderung an ihn bekommen sollte, sich an die Sache als Pfand zu halten. Ein Beispiel dieser Entstehung eines Pfandrechts giebt es im Corpus Juris nicht, am wenigsten als einer besondern, allein als eine solche ist man doch berechtigt, sie zu betrachten [1]), weil nicht allein ein bedingt eingegangener Pfandcontract zum Grunde liegt, sondern bis dahin, wo dieser eintritt, ein anderes für sich bestehendes Rechtsgeschäft vorhanden ist. Im übrigen ist das also ent=

---

1) **Glück** XV. S. 153.

standene Pfandrecht jedem andern vertragsmäßigen völlig gleich zu achten.

Die zweite Art ist deutsch-rechtlich, die Pfändung, eine Handlung erlaubter Selbsthülfe.

§. 25.

Von der allmähligen Bildung des freiwilligen Pfandrechts.

Die Kenntniß der Bildung des vertragsmäßigen römischen Pfandrechts ist für dessen richtige Würdigung selbst dem Praktiker unentbehrlich, und daher eine kurze Darstellung derselben hier wesentlich nothwendig.

Ob das älteste römische Recht Haftung des Vermögens für Zahlungsverbindlichkeiten gekannt habe, mag zwar als ungewiß betrachtet werden; allein daß die Vorstellung, welche man oftmals und bisher wohl fast regelmäßig findet, falsch sei: es habe statt deren nur die Haftung der Person mit Allem, was ihr eigen war, also auch den Kindern, woraus in Folge der Mancipation Schuldknechtschaft entstanden sei, gekannt; dieses Verhältniß habe Nexum geheißen, und der Schuldner Nexus, d. h. der sich durch quiritarischen Verkauf vor Zeugen gegen zugewogenes Geld der Form nach verkauft, oder eigentlich verpfändet hatte [1]), womit, insofern sich der Gläubiger dabei verbindlich gemacht, den Schuldner nach Tilgung der Schuld und nach hinzukommender Scheinzahlung aus dem Mancipium zu entlassen, der Begriff der Fiducia in Verbindung getreten sei, ein Verhältniß, welches wie die persönliche Haftung auch nach dem Zwölftafelgesetz beibehalten [2]) und erst durch ein wahrscheinlich Poetelisches Gesetz [3]) um 424. n. R. E. mit der Verpfändung der persönlichen Freiheit für den plebejischen Stand ab-

---

1) So, nach Vorangang von Salmasius: Niebuhr Römische Geschichte Th. I. S. 638 ff. II. 374. III. 178 ff. *Zachariae* Comment. de Fiducia 1830. Cap. IV. p. 11—34. *Thierbach* Historia jur. civil. de Pignor. 1814. Cap. I. §§. 4—6. p. 7—21.

2) Niebuhr a. a. O. II. S. 374. 668.

3) Ders. S. 178. *Livius* VIII. 27. *Zachariae* l. l. p. 16.

geschafft worden sei, ist ganz neuerlich von Savigny aufs glänzendste bewiesen worden [1]).

Hiernach darf das Nexum mit der Verpfändung durchaus nicht in Verbindung gesetzt werden, und steht damit auch nicht entfernt in ursachlicher Verwandtschaft. Wir müssen uns vielmehr mit dem Vorhandensein der drei Formen, welche sich für die Verpfändung im alten Rechte schon finden, der Fiducia, dem Pignus, und der Hypotheca begnügen, ohne weiter hinaufsteigen zu können, was freilich zuletzt nur ein antiquarisches Interesse haben mögte.

Die Fiducia mit dem Gläubiger war die Form der Verhaftung von Sachen für die Schuld, in der Art, daß eine förmliche Veräußerung mit einer Einschränkung geschah, und zwar in Betreff der res mancipi durch die Mancipation, der nec mancipi durch in jure cessio; sie war also in der That ein Contract, in Folge dessen der Schuldner das Eigenthum einer Sache auf seinen Gläubiger zu dessen Sicherstellung unter der Bedingung übertrug, daß er nach Tilgung der Schuld dasselbe ihm durch Remancipation oder retro in jure cessio zurückübertrage [2]). Das Rechtsverhältniß des Gläubigers zur Sache ist hiernach aus dem Gesichtspunkte des widerruflichen Eigenthums zu betrachten. Es ist (Quellennachrichten mangeln gänzlich) nicht unwahrscheinlich, daß dem Gläubiger daher der volle Gebrauch und Genuß der Sache gleich einem wahren Eigenthümer zustand, ohne daß er zur Abrechnung auf seine Foderung verpflichtet war, und überhaupt in jeder sonstigen Beziehung als wahrer Eigenthümer betrachtet ward, als z. B. die Vindication [3]), die Verfügung unter den Lebenden und auf den Todesfall [4]) u. s. w. betreffend. Dagegen bestand das ganze Recht des Schuldners an der Sache darin, dieselbe nach Zahlung der Schuld vom Gläubiger oder seinen Erben (selbst wenn er die Sache veräußert hatte) durch die Fiduciae Actio, auch mit Er=

1) Ueber das altrömische Schuldrecht. Berlin 1834. 4.

2) S. Hugo Rechtsgesch. S. 491 ff. und *Isidor.* Orig. V. Cap. 25. Fiducia est, cum res aliqua sumendae pecuniae gratia vel mancipatur, vel in jure ceditur.

3) *Paul.* Sent. Recept. 26. 4. Löhr Magazin IV. 129.

4) *Ulpian.* Fragm. 24. 7.

satz allen Schadens, zurückzufodern; auch konnte er sie durch Usureceptio wiedererwerben.

Im Justinianischen Rechte hat sich die Verpfändung durch Fiducia ganz verloren; dessen ungeachtet kann sie nicht als förmlich und ausdrücklich abgeschafft betrachtet werden, auch nicht durch Constantins bekannte Constitution [1]), die hierfür gewöhnlich angeführt zu werden pflegt, sondern sie ist, und zwar wahrscheinlich schon seit dem fünften Jahrhundert n. R. E. aber sehr allmählig veraltet und mit dem wirklichen Pfandrecht verschmolzen, sowie nach und nach das Pignus, das eigentliche Pfand, mehr ausgebildet ward. Denn noch in der neuern Zeit hatte sie viele durch allgemeine Rechtsbildung veranlaßte Bestimmungen erhalten [2]), als: Herausgabe des Ueberschusses der res sub fiducia pignerata, und zwar im Fall der Verzögerung mit Zinsen; Befugniß des Gläubigers, auch nicht versprochene Zinsen nach gesetzlichem Zinsfuß zu fodern, Befugniß des Schuldners zum Verkauf der Sache, nur nicht an den Gläubiger, (woraus eine gänzliche Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts für die Stellung des Gläubigers und des Schuldners sich darlegt,) Verpflichtung, auf das Capital den Verdienst fiduciarischer Sclaven abzurechnen, und zur Vergütung der Verbesserungen. — Es ist ersichtlich, daß hiernach beinahe alle, wenigstens die wesentlichen, Grundzüge des Pfandrechts bereits in die Fiducia hineingetragen waren. Demnach war zuletzt zwischen einem Pfandcontract und dem fiduciarischen außer der Form der Mancipation gar kein Unterschied. Diese fiel nun freilich bei der in jure cessio weg [3]), doch ward der Umstand der Aufhebung des Unterschiedes zwischen res mancipi und nec mancipi zuletzt für die ganze Contractsart entscheidend, so daß sie von selbst schwinden mußte und der Pfandcontract allein übrig blieb.

Es ist offenbar ein so alter wie großer Irrthum, die Verpfändung, die Bestellung eines Pignus, nicht nur für älter als die Fiducia, sondern sogar als aus den zwölf

---

1) C. un. C. Theod. III. 2. vgl. *Zachariae* l. l. p. 33.

2) *Paul.* l. l. II. 13. 1.

3) Savigny Besitz §. 24. (3.)

Tafeln schon herstammend, oder wohl als noch älter anzusehen; dessen ungeachtet findet sich derselbe nicht nur noch allgemein [1]), sondern auch trotz aller anerkannten Mangelhaftigkeit des Beweises angenommen [2]), und erst in neuester Zeit, nicht widerlegt und in seiner Blöße aufgedeckt, sondern nur gründlich bezweifelt [3]). Wenn man dem Beweise nachforscht, so fließt alles Berufen auf Jacobus Gothofredus [4]) zurück. Allein bei dem findet sich als die einzige Quelle, wonach er sich ermächtigt gefühlt, völlig willkührlich die zwölfte Tafel vom Anfang herein de Pignore handeln zu lassen: Gajus Bruchstück, **238**. *de V. S.* aus dessen Lib. VI. ad Leg. XII. Tabul., welches so lautet:

> *Plebs* est ceteri cives sine senatoribus. §. **1**. *Detestatum* est testatione denunciatum. §. **2**. *Pignus* appellatum a pugno, quia res quae pignori dantur, manu traduntur: unde etiam videri potest, verum esse, quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. §. **3**. *Noxiae* appellatione omne delictum continetur.

Es scheint kaum nothwendig, auf den völligen Mangel alles Beweises aufmerksam zu machen. Mit demselben Rechte, mit dem man hiernach annehmen darf, daß die zwölfte [5]) Tafel vom Pignus gehandelt habe, kann man auch behaupten, daß sie von der Plebs, oder dem Inhalt des §. **1**. u. **3**. gehandelt, was noch Niemanden eingefallen ist; und dennoch zerstört der, wer dies leugnet, seinen eigenen Beweisgrund. Sodann gehört aber ein starker Glaube dazu, daß in Gajus Commentar wirklich eine so zusammengewürfelte Stelle von Begriffsbestimmungen und Etymologien hintereinander vorgekommen, und nicht erst von den Compilatoren

---

1) Schweppe R. Gesch. §§. 286. 87. sogar Büchel a. a. O. S. 23.!

2) *Thierbach* l. l. §. 4.

3) *Zachariae* l. l. p. 18 sq. Nr. II.

4) IV Fontes Jur. civil. in *Otto's* Thesaur. T. III. vom Anfang an in den bezüglichen Stellen.

5) Nach anderer Lesart würde es sogar in die zehnte zu stellen sein, da auch L. V. in der Inscription gelesen wird, s. Cramer Ausgabe dieses Titels 1811., wo es vollends nicht hinpaßt.

der Pandekten zusammengelesen worden sei. Hierzu kommt an innern Gegengründen noch Folgendes. Alle alte römische Rechtsgeschäfte sind an symbolische Handlungen und Formen geknüpft; diese hörten erst auf, oder begannen sich zu modificiren und zu verlieren, nachdem man anfing sich abstractern Begriffen hinzugeben. Wie unnatürlich ist daher die Annahme, daß nicht erst der Fiduciarcontract die Veranlassung zu der ersten Vorstellung von Verpfändung gegeben, zumal mit demselben oft ein Precarium, ein Pacht u. dergl. verbunden ward [1]), sondern der Pfandcontract schon neben der steifen rohen Form der Fiducia bestanden habe, also der Begriff des dinglichen Foderungsrechts schon ausgebildet gewesen sei? — Wer mag dem frühesten Alter des römischen Rechts die feinen Begriffe von natürlichen und Civilbesitz zuschreiben? — Woher kamen die Klagen zum Schutz dieses Verhältnisses? — Wer will es ferner erklären, daß in Cicero's sämmtlichen Schriften von dem vertragsmäßigen Pfandrecht kein Wort vorkommt, sondern stets die Fiducia mit dem Gläubiger? Zeugt nicht endlich die Ausdehnung des Pignus allein auf Vectigal-, emphyteutikarischen und Superficiar-Acker unverkennbar von einer spätern Zeit? —

Es ist wahrscheinlich, daß die freilich uralte, und über die Zwölftafelgesetze reichende Pignorum capio mit den Grund zu der bestrittenen irrigen Meinung gelegt hat. Das Wort war da; also, folgerte man, der später erst entstandene Begriff auch, ohne daran zu denken, daß für diesen als passend das erstere benutzt worden sei, und ohne sich davon oft vielleicht einen klaren Begriff zu machen. Denn so wenig wie mit der Pfandbestellung ist die alte Pignorum capio mit der deutschen Pfändung zu vergleichen; dafür fehlt das Hauptmerkmal, die privatrechtliche Foderung; die Pignorum capio, als Hülfsvollstreckungsmittel in Privatstreitigkeiten, als Legis Actio, ist aber viel jünger, obwohl jener Ausdruck auf letztern Begriff ebensowohl mag

---

1) Schweppe a. a. O. §. 286.

übertragen worden sein, wie auf den des nachherigen wirklichen vertragsmäßigen Pfandrechts. Jene war zuerst bei den Soldaten entstanden, als erlaubte Selbsthülfe gegen die Pflichtigen zur Ausrüstung, nemlich des Soldes (aes militare) [1]), zum Ankauf von Pferden (aes equestre) und zur Fütterung (aes hordiarium) [2]), Leistungen, welche den reichen Wittwen und ledigen Frauen, auch den Waisen, da sie nicht selbst Kriegsdienste leisten konnten, auferlegt wurden [3]). Allein auch von diesem Pignorum capio sprechen die Zwölftafeln nicht, sondern von der in religiöser Beziehung für Den, welcher zu Opfern borgt; eine spätere Ausdehnung durch eine bei Gajus unleserliche vielleicht nur censoria Lex geschah für die Pächter öffentlicher Grundstücke gegen die Steuerpflichtigen [4]).

Schon diese allmählige Fortbildung und Ausdehnung der Pignorum capio hätte auf die späte Entstehung des vertragsmäßigen, also wirklichen, Pfandrechts hinleiten können, je nachdem sich bei gänzlich veränderten Verhältnissen des gemeinen und öffentlichen Lebens, besonders aber der in's Unendliche erweiterten Handelsgeschäfte, das Bedürfniß einer bequemern Art, Credit zu erhalten, fühlbar machen mußte. Sonach erscheint folgende Annahme am wahrscheinlichsten.

Das vertragsmäßige Pfandrecht wurde durch Datio bestellt. Es bildete sich nur allmählig neben der Fiducia, und zwar wahrscheinlich mit den Begriffen und Grundsätzen vom Besitz Hand in Hand. Früher hatte der Gläubiger nur die Verwahrung des Pfandes, später erhielt er erst zum Schutz derselben die Interdicte, bis endlich die hypothekarische Klage und die Veräußerungsbefugniß damit verbunden ward. — Hiernach wäre also der spätere Pfandcontract ein Erzeugniß

---

1) Hierüber, und die Frage, ob so früh Sold gezahlt worden sei, s. Hugo R. Gesch. S. 279. Zimmern R. Gesch. III. Bd. §. 48. (Civilproceß.)

2) S. *Festus* hh. vv.

3) S. *Liv.* I. 43. *Gaj.* IV. 26. 27. *Lydus* de Magistratibus I. 46. (Ed. Paris. p. 79.) Niebuhr Röm. Gesch. I. 518 ff. 524 ff. II. 496 ff. ganz besonders auch Zimmern a. a. O.

4) Mit dieser Pignorum capio steht auch die Etymologie des Gajus Fr. 238. *de V. S.* vollkommen in Einklang und gewiß in Beziehung.

des Civilrechts; auf das in demselben enthaltene Geschäft wurde der in mannigfacher Bildung schon vorhandene Ausdruck Pignus übertragen, was bei dessen durch Gajus gegebener Etymologie sich als ganz natürlich darbietet, da der früheste Pfandcontract nur Faustpfänder betreffen mogte.

Wir können hier eine in der neuern Zeit erst entstandene Streitfrage nicht übergehen, welche in das frühere Wesen des Pfandcontracts im Gegensatz zur Hypothek noch einen tiefern Blick thun lassen wird, ob nemlich dieses civilrechtliche Pignus nicht mit einer dinglichen Klage versehen gewesen, und welche dies gewesen sei. Gegen die frühere allgemeine Ansicht [1]) ist dies nemlich bejahet und behauptet worden [2]), es sei die pigneraticia actio gewesen, deren die Pandekten an vielen Stellen gedenken. An einem unmittelbaren [3]) Beweise fehlt es dabei freilich; derselbe wird hauptsächlich auf die Unbegreiflichkeit gestützt, daß das Faustpfand, als älter wie die Hypothek, keine eigene dingliche Klage gehabt, daß der Prätor vielmehr eine solche mit einem viel laxern und neuern Verhältniß verbunden habe, die dann erst durch Auslegung und Analogie auch auf jenes habe ausgedehnt werden müssen. Danach soll nun auch das oftmals vorkommende vindicare in Anwendung auf das pignus lediglich diesem und nicht auch der Hypothek angehörig sein, und die hypothekarische Klage zur Pfandklage sich verhalten, wie die Publiciana zur Eigenthumsklage. — Diese Meinung hat größern Beifall gefunden, als man von einer Hypothese der Art hätte erwarten sollen [4]), und sogar bei den namhaftesten

---

1) Büchel S. 5.

2) von Löhr im Magazin III. Bd. S. 129 ff.

3) Als direct beweisend wird zwar eine strenge Entgegenstellung der pigneraticia actio und der hypothekarischen in Fr. 3. §. 3. *ad Exhibendum* gefunden (s. §. 59.), doch nur mit Hülfe einer Interpunction hinter pigneraticia, welche dies dann vom folgenden Serviana sive hypothecaria quae creditoribus competunt trennt. Allein es sind doch nur zwei Klagen gemeint, s. Büchel S. 113., d. h. die Serviana im engern Sinn, welche zur nähern Unterscheidung einer andern Serviana aus dem Nachlaßkauf (*Gaj.* IV. 35.) als die pigneraticia bezeichnet wird, und die quasi Serviana oder hypothecaria. Liest man mit der Vulgate und Haloander compet*it* statt competunt, so ist nur die letztere allein, also eine einzige Klage gemeint.

4) S. die bei Büchel S. 11.

Lehrern der römischen Rechtsgeschichte. Selbst ohne allen haltbaren Beweis aufgestellt, und nur auf eine willkührliche Ansicht des Pfandrechts als s. g. dinglichen Rechts und die Benutzung der Stellen gebauet, wo pigneraticia actio in den Quellen die Klage in rem für das Faustpfand bedeutet, steht dieser Annahme sogar noch entgegen, daß, da das Pfand r e ch t nur durch in jure cessio hätte bestellt und erworben werden können, doch nirgends von einer Ersitzung, Vindication, oder dem Besitz des Pfand r e ch t s eine Spur zu finden sei, die mit jener nothwendig hätte verbunden sein müssen [1]), von allem diesen vielmehr die Natur dieses Rechts das Gegentheil verrathe, — anderer Gegengründe nicht zu gedenken. Wie hätte dann die prätorische Pfandklage etwas Neues sein können, und wie könnte es heißen: de pignore jure honorario nascitur ex pacto actio? [2]) — Offenbar ist erst dadurch, daß der Prätor die hypothekarische Klage an den bloßen Vertrag knüpfte, für das pignus die dingliche Klage auch durch Anwendung auf dasselbe entstanden, mit a. W. die hypothekarische Klage auf dasselbe ausgedehnt worden [3]). Das pignus gab also bis dahin noch gar kein Pfand r e ch t, so sonderbar auch dies klingen mag, sondern dieser Begriff bildete sich erst mit der Hypothek und der Verschmelzung ihrer Grundsätze mit dem ältern Pfandcontract. Wir können durch diesen nichts, als einen bedingten, aber Civilbesitz übertragen betrachten, also ein Innebehaltungsrecht auf höhere Potenz erhoben, weil er die Interdicte und die Klagen wegen Diebstahls und Raubes gewährte, aber doch eine Stufe niedriger als die Hypothek [4]). Wäre mit dem

---

1) B ü ch e l S. 13 ff.

2) Fr. 17. §. 2. *de Pactis*.

3) Dafür zeigt deutlich Fr. 12. §. 10. *Qui potiores*. — Si priori hypotheca obligata sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendenda convenerit: verius est priorem potiorem esse; *nam et in pignore placet*, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem. (MARC. *l. l.*) Placet bezeichnet deutlich die Ausdehnung durch Auslegung von Rechtsgelehrten, vgl. B ü ch e l S. 21.

4) Daß das PfR. als Obligatio rei schon im Civilrecht, selbst wenn es einen so abstracten Begriff in seiner Ausbildung gehabt hätte, eine dingliche Klage hervorgebracht habe, diese also an die bloße Uebereinkunft gebunden gewesen sei, ist darum als durchaus unzulässig zu

Pignus eine dingliche Klage verbunden gewesen, wozu wäre denn die Fiducia cum creditore beibehalten worden und erst später außer Gebrauch gekommen? Es erhellt nun zugleich, warum einerseits dem pignus die dingliche Klage gar nicht so sehr nöthig war, und daß andererseits die Ausdehnung der hypothekarischen Klage, als der Conventio entsprungen, auf das Pignus sehr nahe lag, weil hier, wie bei der Hypothek, res pro debito obligata war.

Ueber die pigneraticia in rem actio verweisen wir auf §. 59.

Am jüngsten ist unbestritten die Hypothek [1]) nebst der hypothekarischen Klage (s. u. §. 59.), wie schon gedacht, eine Schöpfung des prätorischen Rechts [2]), welche den Begriff des dinglichen Foderungsrechts völlig ausgebildet in der Art umfaßt, daß der Besitz der Sache dem Besteller des erstern verbleibt, bis dasselbe geltend gemacht wird. Dabei war es gleich, ob die Sache im streng-römischen Eigenthum, und ob die Contrahenten Römer waren oder nicht.

---

verwerfen, weil dann die hypothekarische Klage nicht als eine neue prätorische Erfindung genannt werden könnte, sondern nur eine utile Ausdehnung der civilrechtlichen Klage nöthig gewesen wäre; vgl. Büchel S. 22 ff.

1) s. *Donell.* l. l. p. 434.

2) *Donell.* l. l. p. 431. hat folgende Wiederherstellung des prätorischen Edicts versucht: Si cui pro eo, quod ei debebitur, res aliqua pignoris, hypothecaeve nomine obligata esse dicetur ab eo, cujus in bonis ea res est, aut alioqui, cui de ea re constituendi jus est, ei, heredive ejus, quoad pecunia solvetur, aut eo nomine illi satisfactum erit, in eum, qui eam rem possidebit, tenebitur, aut dolo malo fecerit, quo minus possideret, actionem dabo; ut si ea res arbitrio judicis non restituetur, quanti ea res erit, condemnatio sequatur. Si creditor eam rem distraxerit, quod contra legem pignoris in ea re non fiet, servabo. Si pluribus eadem res obligata fuerit, is apud me in jure creditoris potior erit, qui prius hypothecam acceperit, nisi si posterioris pecunia salvam fecit pignoris caussam. Priori remoto, ceteris deinceps suo cuique ordine locus erit; extra quam si quis in prioris remoti locum successerit. — Alle Bemühungen und Muthmaßungen über Wiederherstellung der Klageformel, ja selbst zur Vereinigung über wesentliche Punkte, z. B. ob sie in jus oder in factum concipirt gewesen, sind völlig fruchtlos. Wir überlassen sie daher den rechtsgeschichtlichen Erörterungen, und übergehen sie hier ganz, da wir nur Gesagtes wiederholen, oder zu Vermuthungen andere Vermuthungen häufen könnten. S. Franke civil. Abhandl. a. a. O. und Mühlenbruch Cession neue Ausg. S. 13. Anm. 20.

Wir sehen also das Pfandrecht mit der Ausbildung des Wesens der Contracte und der Grundsätze vom Eigenthum durch Anerkennung desselben mit rechtlicher Wirksamkeit neben dem streng-römischen wachsen. Als die Verträge sich zu bilden anfingen, entstand die Hypothek als Recht auf eine Sache ohne deren Besitz und Uebergabe, wobei freilich Manchem bisher die von Anfang an ertheilte Klage als etwas Abnormes erschien, aber in der Eigenschaft des Pfandrechts als Obligation ihre Erklärung findet. Als Form [1]) für Entstehung der Hypothek wurde noch durch Anerkennung des Willens als Hauptgrundlage die Bestellung derselben durch letztwillige Verordnung anerkannt, und die Hypothek endlich — denn der Zusammenhang ist unverkennbar — gab Veranlassung zur Entstehung der gesetzlichen Pfandrechte, womit auch wohl der frühere prätorische Schutz der Verpächter und Vermiether gegen die Miethsleute als die Idee begründend in Verbindung zu bringen ist. Das s. g. prätorische und richterliche Pfandrecht aber, welches unabhängig vom Pfandcontract und Hypothek entstanden ist, ist ursprünglich nichts weiter, als ein Mittel gewesen, der Obrigkeit Gehorsam zu verschaffen, worauf die alte pignorum capio nicht ohne Einfluß gewesen sein wird, und zuletzt sind ihm die Wirkungen des wahren Pfandrechts beigelegt worden.

§. 26.

Von dem freiwilligen und zwar I. vom vertragsmäßigen Pfandrechte.

Das vertragsmäßige Pfandrecht wird entweder durch Vertrag, oder durch Contract bestellt [2]); dort entsteht der Begriff Hypothek, hier der des Faustpfandes. Für den letztern gelten wegen des durch die Uebergabe des Pfandes begründeten eigenthümlichen Contractsverhältnisses und Besitzes

---

1) Ein unglücklicher Gedanke ist es, das testamentarische PfR. auf die Zwölftafeln zurückzuführen, s. *Thierbach* l. l. §. 12.

2) Fr. 1. pr. *de P. A.* — Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum sit (ULP. 40. *ad Sab.*) coll. Fr. 13. §. 3. *de Pignor.* (S. 134. Anm. 3.)

besondere Regeln; die Grundsätze des vertragsmäßigen Pfandrechts aber sind beiden gemein, wie deren rechtliche Folgen dieselben [1]). Der Pfandcontract muß daher in der angedeuteten Beziehung eine getrennte Behandlung finden. Die in diesem Paragraphen vorgetragenen Grundsätze betreffen das vertragsmäßige Pfandrecht überhaupt; Eigenthümlichkeiten der einen oder der andern Form sind so bezeichnet, daß Verwechselungen nicht möglich sind.

Das Pfandrecht wird vertragsweise durch bloße Uebereinstimmung der Contrahenten und ohne alle weitere Form, also auch nur mündlich, oder schriftlich, oder durch Boten zwischen Abwesenden [2]), ohne daß auf Wort und Ausdruck etwas Wesentliches ankäme [3]), begründet [4]). Es thut selbst die mangelhafte Abfassung eines schriftlichen Aufsatzes der Gültigkeit des Pfandrechts keinen Abbruch [5]), außer wenn

---

1) Fr. 5. §. 1. *de Pignorib.* — Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt. (MARC. *l. l.*) *Donell.* l. l. p. 434. Bucher Recht der Foderungen §. 87. S. 302.

2) Fr. 23. §. 1. *de Pignoribus.* — Pignoris obligatio inter absentes recte ex contractu obligatur. (MOD. 3. *regul.*)

3) s. Bülow u. Hagemann's practische Erörter. II. S. 316.

4) Fr. 4. *de Fide Instrum.* — In re hypothecae nomine obligata ad rem non pertinet, quibus sit verbis, sicuti est et in his obligationibus, quae consensu contrahuntur; et ideo et sine scriptura si convenit ut hypothecae sit, et probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt. Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est, per eas facilius probari possit, etc. (GAI. *l. s. de form. hyp.*) Fr. 4. *de Pignoribus.* — Contrahitur hypotheca per pactum conventum, quum quis paciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligata; nec ad rem pertinet, quibus fiat verbis, sicuti est in his obligationibus, quae consensu contrahuntur. Et ideo et sine scriptura si convenit, ut hypothecae sit, et probari poterit, res obligata erit, de qua convenit; fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est, per eas facilius probari possit. (GAI. *l. s. l.*) cf. C. 12. *de Pignoribus.* *Donell.* p. 462 sq.

5) Fr. 34. §. 1. *de Pignoribus.* — Idem quaesiit, quum epistola talis emissa sit: *Δανεισάμενος παρά σου δηνάρια πεντακόσια, παρεκάλεσά σε, μὴ βηβαιωτὴν ἀλλ' ὑποθήκην παρ' ἐμοῦ λαβεῖν· οἶδας γὰρ ἀκριβῶς, ὅτι καὶ ἡ ταβέρνα, καὶ οἱ δοῦλοί μου οὐδενὶ κατέχονται ἢ σοι· καὶ ὡς εὐσχήμονι ἀνθρώπῳ ἐπίσευσας.* [Mutuatus abs te quinquaginta denarios rogavi ne sponsorem, sed pignus a me acciperes; exacte enim et pro certo nosti, nemini alii tabernam servosque meos, quam tibi esse obligatos, et quod tanquam honesto viro fidem habueris. V. v.] An pignus contractum sit, an vero ea epistola nullius momenti sit, quum sine die et consule sit? Respondit, quum convenisse de pignoribus videatur, non idcirco obligationem pignorum

sie von einer Urkunde ausdrücklich abhängig gemacht wäre. Gegenstand des Vertrages ist die Einräumung des Pfandrechts selbst, nicht das Versprechen, ein solches bestellen zu wollen [1]), obschon jenes auch nach römischem Rechte, und nicht blos nach deutschem [2]), als ein klagbarer Vertrag zu betrachten ist. — Der Vertrag kann vor und nach Abschluß der Hauptobligation eingegangen werden. Im letztern Fall bewirkt das Pfandrecht keine Neuerung [3]); im ersten ist es ein seiner Natur nach bedingt, oder vielmehr in Voraussetzung einer Foderung bestelltes, wodurch diese als Erfodernis ersetzt wird [4]).

Auf die vertragsmäßige Verpfändung haben alle diejenigen Umstände, welche auf Contracte und Verträge in Ansehung deren Gültigkeit, oder der einzelnen Bestimmungen einwirken, denselben Einfluß, als List, Betrug, Zwang [5]), Bedingungen u. s. w. Da die ersteren weit seltener, und die einzelnen auch nicht alle, bei Hypotheken als beim Pfandcontract, und bevor jene in diesen übergegangen sind, vorkommen und sich folgenreich zeigen, so werden sie im folgengen Paragraphen ausführlichere Beachtung finden. Mit der Bemerkung, daß Alles dort Gesagte auch auf die Hypothekenverträge, soweit deren Natur es überhaupt möglich macht, volle Anwendung leidet, ist daher hier nur die zu verbinden, daß, sobald sich in Betreff der bestellten Hypothek irgend ein dem Gläubiger nachtheiliger Umstand ergiebt, dessen Ab-

---

cessare, quod dies et consules additi vel tabulae signatae non sint. (SCAEV. 27. *Dig.*)

1) Bucher a. a. O. S. 302. Zu unterscheiden hiervon ist das Versprechen, ein Faustpfand bestellen zu wollen; s. übrigens u. §. 27. unter B. 1. u. 2.

2) *Mühlenbruch* Doctrina Pand. §. 331. Anm. 5. s. o. S. 56. Anm. 2.

3) Fr. 10. *In quibus caussis pignus.* — Tutoris heres cum herede pupilli transactione facta, quum ex ea majorem partem solvisset, in residuam quantitatem pignus obligavit; quaesitum est, an in veterem contractum jure res obligata esset? Respondit, secundum ea, quae proponerentur obligatam esse. (SCAEV. 6. *Dig.*)

4) s. Fr. 4. *Quae res pignori,* s. o. S. 57. und u. §. 44.

5) Nur darf freilich dahin nicht der Umstand gerechnet werden, daß Jemand nicht ohne Pfand habe creditiren wollen. C. 4. *de Pignoribus.* — Quum te pecuniam accepisse, et agros tuos obligasse fatearis, non habet rationem, quod quereris, vi te coactum pignori dare. Si igitur recipere vis rem tuam, solve creditori tuo pecuniam debitam (208.)

handensein in der Natur des Pfandvertrages überhaupt liegt, d. h. die Ausübung und Wirkung des bestellten Pfandrechts in der Art und Weise, wie sie dem Gläubiger gesetzlich oder vertragsmäßig zustehen soll, hindert, die Klage aus dem Vertrage auf das Interesse begründet ist; nicht eine solche auf dessen Erfüllung [1]), obwohl durch diese, wenn sie nicht unmöglich geworden, der Verpfänder die Klage abwenden kann. (Vergl. hierüber und worin das Interesse besteht §. **27**. B. **2**.) Die Klage selbst kann nur eine in factum sein. Bei wirklichem Betrug, der den Begriff des Stellionats herstellt [2]), ist ebensowohl die Stellionatsklage zulässig; namentlich gehört hierher die Bestellung eines Pfandrechts an einer bereits einem Andern verpfändeten Sache, ohne dies anzuzeigen [3]) (Vergl. überhaupt §. **27**. unter B. **2**.).

Da zur Bestellung des Pfandrechts jede genügende Erklärung des Willens der vertragenden Theile hinreicht, daß an einer gewissen Sache ein Pfandrecht bestehen solle, und vorzugsweise auf den Willen derselben und weniger auf die Worte gesehen werden soll [4]), so ist auch durch andere Worte, als die technischen: Pfand oder Hypothek, ja auch durch bloße Handlungen, die Bestellung eines Pfandrechts möglich und rechtsgültig. Damit ist zugleich der Begriff des stillschweigenden vertragsmäßigen Pfandrechts im Gegensatz zum ausdrücklichen hergestellt [5]). Es versteht sich, daß die Worte oder Handlungen, woraus auf ein ertheiltes Pfandrecht geschlossen werden soll, keine andere Erklärung zulassen dürfen, wie schon den Grundsätzen der stillschweigenden Einwilligung angemessen ist [6]).

---

1) Auf die von Nebenverträgen kann allerdings geklagt werden, z. B. Cajus verpfändet sein dem Titius schon verpfändetes Gut an Sempronius, und verspricht letzterm, dem Titius Zahlung zu leisten, damit er die erste Hypothekstelle erhalte. Doch wird es auch in solchen Fällen meist nur auf das Interesse auslaufen. Vgl. Anm. 1. zu S. 205.

2) S. Fr. 3. §. 1. *Stellionatus*, *Gaupp* p. 79.

3) Fr. 15. §. 2. *de Pignoribus*, dazu Westphal a. a. O. S. 250. — Es ist nicht zu bezweifeln, daß Fr. 28. *de Rebus cred.* hier auch zur Anwendung kommt, (s. u. §. 27. u. B. 2.)

4) C. 9. *Quae res pignori*.

5) *Donell.* l. l. p. 462.

6) Für ganz unfruchtbar und unrichtig ist die Gesterdingsche Eintheilung in stillschweigendes und vermuthetes Pfandrecht zu halten, a. a. O. S. 121.

Die Fälle, wo ein stillschweigendes Pfandrecht aus Worten gefolgert wird, lassen sich begreiflich nicht aufzählen, da jede entsprechende Redeweise hierher gehört; nur beispielsweise sei genannt:

1) Wenn bestimmte Sachen namhaft gemacht werden, aus denen der Gläubiger unter der Voraussetzung des Ausbleibens der Zahlung befriedigt werden [1]), oder die er soll verkaufen dürfen [2]), oder wenn der Schuldner oder für diesen ein Anderer ihm den Besitz einer Sache verspricht [3]).

2) Wenn die Hinschaffung bestimmter Sachen an einen bestimmten Ort, und deren Verbleiben daselbst bis nach Auflösung eines Schuldverhältnisses beabredet wird, und sich eine andere Absicht als die der Verpfändung nicht denken läßt [4]).

3) Sehr häufig wird auch im gemeinen Leben der Ausdruck deponiren für verpfänden gebraucht, sowohl wenn es beim Gläubiger, als wenn es bei einem Dritten Statt finden soll. Indessen kann es auch nur ein Innebehaltungsrecht gewähren sollen. Die Umstände im Einzelfall müssen für das Eine oder das Andere entscheiden.

4) Wenn ferner Kaufgelder von Grundstücken rückstellig bleiben, und der Ausdruck gebraucht wird, sie sollen im Hause oder im Gute stehen bleiben, oder dieselben nicht vor der Zahlung übergeben werden. Letzteres ließe sich auch auf bewegliche Sachen beziehen, indem der s. g. Vorbehalt des Eigenthums auch darin gefunden werden könnte; vom ersten läßt sich hingegen in Bezug auf solche dies bezweifeln, wenn nicht die Absicht der Contrahenten aus Nebenumständen hervorgeht.

---

1) C. 9. *d.* und Fr. 3. §. 2. *Qui potiores.*

2) s. Glück XVIII. S. 305. nach bedeutender Practiker Auctorität.

3) Glück a. a. O. S. 304. (34.) bezweifelt dies zwar, indessen läßt sich doch keine andere Absicht als die der Verpfändung hineinlegen.

4) Glück a. a. O. (36.), der dies besonders bei Pachtverhältnissen heraushebt; doch läßt sich auch eine allgemeine Beziehung nicht leugnen.

Zu den stillschweigenden Verpfändungen durch Handlungen ohne Worterklärung sind unter andern folgende zu zählen:

1) Wenn Urkunden verpfändet werden, so wird der Gegenstand, den sie angehen, als verpfändet betrachtet [1]). Gleiches ist ohne Zweifel im Besondern von der Uebergabe von Schuldurkunden zur Sicherheit von dem darin verschriebenen Foderungsrechte zu verstehen.

2) Bei den stillschweigend über die bestimmte Zeit fortdauernden Pachtverhältnissen dauern die dafür bestellten Pfandrechte fort [2]).

3) Wessen Sache ohne seine Genehmigung einem Dritten verpfändet worden ist, ertheilt diese dadurch, daß er wissentlich als Bürge des Verpfänders auftritt; fände hingegen die Verpfändung später Statt, so gälte nicht dasselbe [3]).

4) Die bloße Einräumung des Besitzes einer Sache kann nur dann für eine Pfandbestellung betrachtet werden, wenn die Absicht einer Sicherheitsleistung sonst auf irgend eine Weise zu erkennen gegeben worden ist, außerdem könnte daran nur ein Innebehaltungsrecht Statt haben [4]).

5) Wenn Jemand eine Urkunde schreibt, oder unterschreibt, worin eine ihm gehörige Sache von einem Andern verpfändet wird, so besteht zwar allerdings das Pfandrecht gültig, allein dasselbe ist dann nicht für ein stillschweigendes, sondern für ein ausdrückliches zu erachten, da ja letzteres sehr wohl ohne mündliche Beabredung bestellt werden kann.

---

1) C. 2. *Quae res pignori.* — Quum constet pignus consensu contrahi, non dubitamus eum, qui emtiones agrorum suorum pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse (207.) coll. Fr. 102. pr. *de Legat.* III. Fr. 12. §. 45. *de Instr. leg.* Emtiones sind wie in den beiden letzten Stellen Kauf-Urkunden.

2) Fr. 13. §. ult. *Locati.* — Qui impleto tempore conductionis permausit in locatione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. *Etc* (ULP. 32. *ad Ed.*)

3) Fr. 5. §. 2. *In quibus caussis pignus.* — Si quis fidejubeat, cum res illius a debitore, pro quo fidejussit, pignori data sit, bellissime intelligitur hoc ipso quod fidejubeat, quodammodo mandare, res suas esse obligatas. Sane si postea sint ejus res hypothecae datae, non erunt obligatae. (MARC. *l. l.*)

4) Glück a. a. O. S. 306. (37.) Gesterding a. a. O. S. 125.

Von den sonst, wie oben gedacht, auf Verträge einflußreichen Bestimmungen, welche auch auf vertragsmäßiges Pfandrecht gleiche Wirkung ausüben, ist hier nur der Bedingungen zu gedenken. Bei einer bedingten Pfandbestellung [1]) kann das Pfandrecht, als in der Klage bestehend, nicht vor Eintritt der Bedingung wirksam werden, sondern es sind nur Anträge auf Sicherheitsbestellung zulässig (s. u. §. 42.). Daß jedoch ein in solchem Fall bereits im Voraus übergebenes Faustpfand geschützt werden müsse, scheint keinem Bedenken zu unterliegen, sondern es folgt dies aus denselben Gründen, welche diesen Schutz bei bedingten Foderungen veranlassen (s. S. 55.)

Es ist hier der Ort einer öfters für eine eigenthümliche Art der Pfandbestellung gehaltenen zu gedenken, des Vorbehalts des Pfandrechts (reservatio hypothecae). Er ist aber in der That, und kann nichts weiter sein, als ein einfacher Pfandvertrag, so daß also der neue Eigenthümer dasselbe erst bestellt, und der Vorbehalt nicht so zu denken, wie der der Dienstbarkeiten [2]), sondern ein uneigentlicher Ausdruck ist. Dies zeigt sich unter andern darin ganz deutlich, daß, wenn Minderjährige Grundstücke kaufen, sich der Verkäufer schlechthin kein Pfandrecht vorbehalten kann [3]), und ist eine Folge der Obligationseigenschaft des Pfandrechts. Es enthält nemlich nicht, wie die Dienstbarkeiten, eine solche Befugniß aus dem Gesammtinbegriff der Eigenthumsrechte, die ausgeschieden, und wie sie Jemandem selbstständig zur Ausübung übertragen werden kann, sich auch als bei der Uebertragung des Eigenthums vom Uebertragenden zurückbehalten denken läßt, mithin im Augenblick der Erwerbung von Seiten des neuen Eigenthümers entstanden, nicht

1) Fr. 13. §. 5. *cont. de Pignoribus.* — Sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione et agatur ante conditionem hypothecaria, verum quidem est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio judicis cautiones interponendae sunt, si conditio exstiterit, nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit. (MARC. *l. s. l.*)

2) Büchel Natur des Pfandrechts S. 74. Fr. 5. *Commun. praed.* Fr. 6. §. 3. 7. 8. *eod.*

3) Fr. 1. §. 4. und Fr. 2. *de Rebus eorum qui* etc.

von diesem erst ausgeschieden [1]); denn dasselbe gehört gar nicht zu den im Umfange des Eigenthums liegenden Befugnissen, sondern ist stets Folge eines Vertrages oder durch dessen erdichtete Annahme juridisch erklärten andern Umstandes.

Außer den bisher gedachten Bemerkungen über absolute Gültigkeit des Pfandvertrags als solchen und im Vergleich zu Verträgen überhaupt, ist für ihn noch die Befugniß des Verpfänders zum Verpfänden, und die Dessen, dem es geschehen soll, sich ein Pfand bestellen zu lassen, zu berücksichtigen. Jene läßt sich unter einen doppelten Gesichtspunkt bringen, einmal, ob der Verpfänder überhaupt, und dann, ob er eine bestimmte Sache gültig verpfänden dürfe [2]). Die zweite Frage ist im vorigen Abschnitt behandelt worden; die erste findet hier ihren Platz.

A. Die Verpfändung, oder die Genehmigung einer von einem Dritten unbefugt geschehenen Verpfändung [3]), als eine Handlung der Veräußerung, erfodert im Allgemeinen die Befugniß des Verpfänders, über den zum Pfande bestimmten Gegenstand rechtsgültig verfügen [4]) zu können, und erhält unter dieser Voraussetzung beziehungsweise rechtlichen Bestand. Die Wirksamkeit folgt nun dem Maaßstabe der verschiedenen Grade der Berechtigung in der Art, daß, wie das von einem Nichteigenthümer, also an einer fremden Sache bestellte Pfandrecht eigentlich gar keine, sondern wie §. 16. gezeigt worden, nur ausnahmsweise Gültigkeit erlangt, das vom vollen Eigenthümer bestellte absolute Kraft erhält, und wider Jedermann durchgesetzt werden kann; die dazwischen liegenden Grade der Berechtigung gewähren dem Pfandrecht ebenso ihren relativen Schutz. Danach stehen also an einer verpfändeten Sache, woran der Verpfänder nur prätorisches Eigenthum hat, gleichviel, ob dies von Anfang an bekannt

---

1) Büchel S. 80.

2) S. o. S. 83. Anm. 3.

3) Fr. 16. §. 1. *de Pignoribus* (s. o. S. 84.)

4) C. 8. *Si aliena res pignori.* — Nexum non facit praediorum, nisi persona, quae jure potuit obligare. *Donell.* l. 1. p. 473. Vgl. die letzte Hälfte der Stellen in Anm. 2. S. 83.

ist, was der seltenere Fall, oder sich erst später bei darüber erhobener Frage ergiebt, was der gewöhnliche Fall sein wird, wenn z. B. der Beweis des Eigenthums nicht höher getrieben werden kann, oder worden ist, — dem Pfandgläubiger der prätorische Schutz und alle Rechtsmittel des Pfandes jedoch nur soweit wider Dritte zu, als der Verpfänder selbst gegen diese geschützt werden würde, so daß also die hypothekarische Klage dann der Publiciana[1]) ganz parallel steht[2]). Der Verpfänder kann sogar hier die Verpfändung einer im guten Glauben erworbenen Sache dann nicht anfechten, wenn er nachher in schlechten Glauben versetzt worden ist[3]). — Ferner kann an widerruflichem Eigenthum ein gültiges Pfandrecht bestellt werden, nur daß es mit dem Widerruf erlischt[4]). Gleiches gilt von dem auflösbar bedingten Eigenthum[5]). — Von der Afterverpfändung s. §. **23**.

Obwohl bisher im Allgemeinen als bekannt vorausgesetzt werden mußte, wann der Begriff des Eigenthums für eine bestimmte Person überhaupt anhöbe, so ist doch in Zusammenstellung seiner mit andern Rechtsgeschäften für die Gültigkeit der Verpfändung und die Befugniß für mehrere dabei Betheiligte, namentlich auf eine Erwerbungsart des Eigenthums, die Uebergabe (traditio), aufmerksam zu machen. In den Fällen nemlich, wo diese zum Uebergang des Eigenthums erfodert wird, also allen sogenannten zweiseiti-

1) Fr. 18. *de Pignoribus*. — Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignus accepi, sic me tuetur per Servianam Praetor quemadmodum debitorem per Publicianam. (PAUL. 19. *ad Ed.*)

2) Wenn Manche (Müller a. a. O. §. 16. — S. 392.) hier kein eigentliches Pfandrecht zugestehen wollen, so betrifft dies mehr den Ausdruck als die Sache. Denn ein uneigentliches giebt es doch nicht, wohl aber kann ein sonst gültiges Pfandrecht einem stärkern Pfandrechte weichen müssen.

3) s. Fr. 21. §. 1. *de Pignoribus* (s. o. S. 96. Anm. 4.)

4) Fr. 4. §. 3. *de In diem addict.* — Sed et Marcellus lib. 5. Dig. scribit, pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret. (ULP. 28. *ad Sab.*)

5) Fr. 13. §. 1. *de Pignoribus*. — Statuliber quoque dari hypothecae poterit, licet conditione existente evanescat pignus. (MARC. *l. s. l.*)

gen Erwerbarten außer der Adjudication, ist bis zur Uebergabe zur gemeinen [1]) vollgültigen Verpfändung Niemand weiter berechtigt, als der bisherige Eigenthümer, nicht der neue Erwerber, selbst wenn er bereits in der Art ein Recht erworben hat, daß ihm die Sache geschuldet wird (res debita); denn er hat bis zur Uebergabe nichts als eine Obligation für sich, und erst dann tritt der Fall ein, ut ejus fiat [2]). Ist er in diesem Vertrage durch die Pfandbestellung verletzt, so ist er berechtigt, aus dem Contract auf Schadensersatz, Interesse, Entwährung u. s. w. zu klagen; das Eigenthum kann er nur mit dem Pfandrecht behaftet erwerben [3]).

Nicht minder kann für einen Fall die Frage von Bedeutung werden, wie lange der Eigenthümer, auch wenn er dies bleibt, verpfänden dürfe, nemlich dann [4]), wenn die Verpfändung als eine Handlung erscheint, welche als betrüglich gegen andere Gläubiger [5]) von diesen mittelst der Paullianischen Klage angefochten werden kann [6]). Hier ist die geschehene Verpfändung ungültig [7]); besondere Bestimmungen über die Anfechtung einer solchen sind nicht vorhanden, sie muß durchaus also nach den Grundsätzen der Paullianischen Klage beurtheilt werden, mithin ist sie nur dann

---

1) Im Gegensatz z. B. zur bedingten, oder der später, weil die res eine debita gewesen, vollgültig werdenden.

2) Fr. 35. §. 1. *de Donationibus.* — Lucius Titius fundum Maeviae donavit, et ante traditionem eundem fundum post dies paucos Sejo pignori obligavit, et intra dies triginta Maeviam in vacuam possessionem ejusdem fundi induxit: quaero an donatio perfecta sit. Respondit, secundum ea, quae proponerentur perfectam, verum creditorem firmam pignoris obligationem habere. (SCAEV. 30. *Dig.*)

3) Wenn daher Titius an Cajus eine Sache verkauft, und vor dem Uebergang des Eigenthums ein Pfandrecht daran einräumt, Cajus aber ebenfalls, als an einer res debita, einem Andern, so geht das vom Titius bestellte vor, weil das Eigenthum der Sache mit diesem behaftet nur auf Cajus übergehen kann.

4) Z. B. bei materiell schon vorhandenem Concurse, s. *Decis. Cassel.* IX. 232. S. 34.

5) Thut die neue Verpfändung einem andern Gläubiger keinen Eintrag, z. B. weil er ein älteres Pfandrecht hat, so ist sie erlaubt, und wenn es auch schon bis zur res judicata wider den Schuldner gekommen wäre; s. C. un. *Rem alienam gerentibus.*

6) S. hierüber Franke im Archiv für civil. Praxis Bd. XVI. S. 259 ff.

7) Fr. 6. §. 6. *Quae in fraudem creditor.*

zulässig, wenn der Schuldner demjenigen unter seinen Gläubigern, den er noch vor Ausbruch des Concurses vor andern widerrechtlich begünstigen will, um ihm im Concurs eine bessere Stelle zu verschaffen, als bisher seine Foderung einnahm, in dieser Absicht zum Nachtheil der andern ein Pfandrecht einräumt, und der Gläubiger diese Absicht des Schuldners kennt [1]). (Vgl. u. §. 67. unter I.)

Soviel endlich die Verpfändungsbefugniß gewisser Personen, und die Art und Weise, in der sie nur geschehen kann, angeht, haben wir zunächst dreier Fälle zu gedenken, in denen die Verpfändung gewisser Sachen durch gewisse Personen durchaus ungültig ist, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil ihnen, als Nichteigenthümern, die Verfügungsbefugniß darüber dazu mangelt, obschon man dieselben öfters in anderer Zusammenstellung aufgeführt findet. Es darf nemlich:

I. der Vater ohne Einwilligung seiner Kinder nicht verpfänden: 1) diejenigen Vermögensstücke, woran ihm Verwaltung und Nießbrauch zusteht, derselben, welche sie von ihrer Mutter durch Erbgang erhalten, oder 2) die mütterlichen Ascendenten auf irgend eine Weise und gleichviel durch welchen Erwerbstitel, auch durch Erbfolge, ihnen haben zukommen lassen [2]); 3) das übrige Vermögen der Kinder überhaupt, sie mögen es erhalten haben, woher sie wollen [3]). — Ausnahmen davon finden nur Statt, wenn gesetzlich begründete Ursachen vorhanden sind. Für solche wird nur die Nothwendigkeit zu contrahirender Schulden betrachtet [4]), als:

---

1) Fr. 22. *eod.* — Cum in vetus creditum unus creditor pignus accepisset, quaero, an in fraudem creditorum factum nullius momenti esset? — Respondit, creditorem non idcirco prohibendum a prosecutione pignorum, quod in vetus creditum ut obligatum pactus esset, nisi id in fraudem creditorum factum sit, et ea via juris occurretur, qua creditorum fraudes rescindi solent. (SCAEV. 5. *resp.*) Fr. 10. §. 13. *eod.* — Si cui solutum quidem non sit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur, ut est saepissime constitutum. (ULP. 73. *ad Ed.*) S. noch Fr. 13. h. t. und dazu Franke a. a. O.

2) C. 1. 2. *de Bonis maternis.*

3) C. 4. 8. §. 5. *de Bonis quae liberis.*

4) Nach Analogie von §. 4. ders. Constit.

Erbschaftsschulden, Vermächtnisse und dergleichen, welche die Kinder zu entrichten haben, zu decken, und die Kinder zu ernähren, wenn der Vater dessen unfähig ist. Bei Minderjährigkeit der Kinder ist auch hier obrigkeitliches Dekret nöthig. — Dies gilt von väterlichen Ascendenten überhaupt und nicht blos vom Vater; die Befugniß derselben über das Gesammtvermögen ist übrigens bekanntlich außer der Veräußerung sehr ausgedehnt und fast unbeschränkt [1]).

II. Der Erbe darf den Gegenstand eines Vermächtnisses oder Fideicommisses jeder Art nicht verpfänden, auch nicht von erst künftigen oder bedingten [2]).

III. Ferner dürfen Soldaten ihre Waffen, Rüstung und Uniformstücke nicht verpfänden, worauf für sie sogar schwere und im Kriege Todesstrafe steht [3]).

Im Allgemeinen hingegen kommt die Verpfändungsbefugniß für folgende Personen in wesentlichsten Betracht:

I. Unmündige [4]), Minderjährige [5]), Wahnsinnige [6]) und gerichtlich erklärte Verschwender [7]) können nur unter Vollwort ihrer Vormünder und Curatoren verpfänden, und zwar auch dann nur, oder letztere allein für jene, nach vorhergegangenem Dekret ihrer ordentlichen Obrigkeit [8]) als Obervormundschaftsbehörde; die verpfändet werden sollende Sache müßte denn eine bewegliche ohne bedeutenden Werth, das Geld in des Pflegbefohlenen Nutzen verwendet [9]), und

---

1) C. 6. §. 2. *de Bonis quae liberis.*

2) C. 3. §. 2. 3. *Communia de legatis et Fideicomm.*

3) Fr. 3. §. 14. und 14. §. 1. *de Re militari.*

4) Fr. 1. pr. *Quae res pignori.* — Pupillus sine tutoris auctoritate hypothecam dare non potest.

5) Fr. 1. §. 2. 4. *de Rebus eorum qui sub tut. vel cura sunt.*

6) C. 2. *de Curator. furiosi vel prodigi.*

7) C. 2. *d.* wegen der Titelinschrift, vgl. Glück XVIII. S. 207. Fr. 10. *de Curator.* und Fr. 6. *de V. O.*

8) C. 1. 5. *de Praediis et aliis rebus min.* C. 2. *de Curat. furiosi.* C. 22. *de administr. tut.* S. bes. Glück XXXIII. 8 ff.

9) C. 3. *Si aliena res pignori.* — Curator adulti vel tutor pupilli propriam rem mobilem ejus, cujus negotia tuetur, pignoris jure obligare non potest, nisi in rem ejus pecuniam mutuam accipiat. In Uebereinstimmung hiermit sind die allgemein sprechenden Fr. 16. pr. *de P. A.* Fr. 11. *de Curatorib.* S. Westphal a. a. O. §. 125. Die Einschränkung der beweglichen „ohne bedeutenden Werth" rechtfertigt sich aus C. 22. *d.* und der Titelüberschrift *de Praediis et aliis rebus* minorum sine decreto non alienand. S. auch *Thierbach* historia de Pignor. p. 34 sq.

die Verpfändung unumgänglich sein. Daß ein genügender Grund zur Contrahirung der Hauptobligation vorhanden sein müsse, versteht sich von selbst. Das Dekret wird selbst für die Minderjährigen, welche Großjährigkeitserklärung erhalten haben, bei Verpfändungen von Grundstücken noch erfodert [1]); ferner auch bei Grundstücken, die dem unter Vormundschaft oder Curatel Stehenden mit Andern gemeinschaftlich gehören [2]), und endlich selbst dann, wenn derselbe eine Sache käuflich erworben und der Verkäufer ein Pfandrecht daran vorbehalten hat [3]).

Zu den bisher gedachten Personen werden zwar öfters auch die Kirchen und frommen Stiftungen gerechnet, von deren Vermögen auch nichts ohne obrigkeitliches Dekret verpfändet werden darf [4]); allein da diese gleich den Städten [5]) nur erdichtete Personen sind, also Verwaltungsbeamte für sie handeln, so kann von deren Verpfändungsbefugniß nur unter deren Amtspflichten die Rede sein, und die Verpfändung solcher Sachen ist daher passender oben §. **13.** behandelt worden. Da, wo in Betreff derselben obrigkeitliches Dekret nöthig wird, gilt übrigens Alles, was nachher darüber vorgetragen werden wird.

Es finden jedoch Ausnahmen von der Vorschrift Statt, daß ein Pfandrecht an Sachen des Unmündigen u. s. w. nicht

---

1) C. 3. *de His qui veniam aetatis.*

2) Fr. 8. §. 2. *de Reb. eorum.* — An obligari communia possunt, requaeritur? Sed non puto, sine decreto alienando. (ULP. 2. *de o. Tr.*)

3) Fr. 1. §. 4. *eod.* — Si minor viginti quinque annis emit praedia, ut quoad pretium solveret, essent pignora obligata venditori, non puto pignus valere; nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari. (ULP. 35. *ad Ed.*) Das damit zusammenhängende Fr. 2. *eod.* — Sed hic videtur illud monere, quod cum dominio pignus quaesitum est, et ab initio obligatio inhaesit. Quodsi a fisco emerit, nec dubitatio est, quin jus pignoris salvum sit. Si igitur talis species in privato venditore inciderit, imperiali beneficio opus est, ut ex rescripto pignus confirmetur. (PAUL. *l. s. l.*) — ist mit Paulianischer Dunkelheit geschrieben. Paulus will sagen, daß, ungeachtet es scheinen könnte, als werde das Pfandrecht nicht bestellt, sondern das Eigenthum gleich mit demselben erworben (s. o. S. 209 f.) und doch das des Fiscus nicht bezweifelt werden könne, dennoch die Bestätigung erforderlich sei, weil das Pfandrecht des Fiscus ein gesetzliches ist.

4) C. 5. X. *de Rebus eccles. non al. Böhmer* J. E. Prot. III. Tit. 21. §. 1.

5) S. nachher unter C.

ohne Dekret der Obrigkeit gelten solle, nemlich: **1)** wenn Derjenige, von dem der Pflegbefohlene die Sache erhielt, ihre Verpfändung zur Bedingung gemacht hat; ist dies letztwillig geschehen, so soll sogar die Ungültigkeit des Testaments darauf ohne Einfluß sein [1]). Weiterverpfändung einer dem Mündel u. s. w. selbst verpfändeten Sache macht hingegen keine Ausnahme. — **2)** Ferner, wenn ein bereits gültig bestelltes Pfandrecht an einer Sache des Pflegbefohlenen auf einen andern Gläubiger übertragen werden soll, so ist, falls keine Modification der Obligation Statt findet, z. B. höhere Zinsen verschrieben werden, ein Dekret so wenig nothwendig [2]), als wenn derselbe in die Obligation eines Andern durch Erbgang nachgefolgt ist [3]). Doch ist hierin vielmehr das Fortbestehen des Pfandrechts, im unveränderten Zustande anerkannt, als eine Ausnahme vorhanden. Soll aber der Gegenstand eines schon bestehenden Pfandrechts auch nur gewechselt werden, so ist dem strengen Rechte nach die Verpfändung ungültig, dafern nicht auch hier das Dekret erfolgt ist. Dem besitzenden Pfandgläubiger wird jedoch die Einrede der Arglist ertheilt, also damit ein Innebehaltungsrecht zugesprochen, wenn ihm das Pfand abgefodert werden sollte [4]), dafern mit dem von ihm dargeliehenen Gelde ein anderer Pfandgläubiger abgefunden worden ist. — **3)** Endlich entstehen gesetzliche Pfandrechte an deren Sachen ohne Zweifel, sobald die Hauptobligation gültig eingegangen wor-

---

1) Dies ist aus der Analogie von Fr. ult. *de Reb. eorum* etc. zu folgern: Paulus respondit, etsi testamentum patris postea irritum esse paruerit, tamen tutores pupilli, sive curatores filii nihil contra orationem Divorum principum fecisse videri, si secundum voluntatem defuncti testamento scriptam praedium rusticum pupillare vendiderunt. (PAUL. 9. *resp.*) Vgl. C. 3. *Quando decreto opus.*

2) Fr. 7. §. 6. *eod.* — Item videndum est, an et obligare ei rem possit? Et dicendum est, si eandem sortem acceperit, nec gravioribus usuris, valere obligationem, ut jus prioris creditoris ad sequentem transeat. (ULP. 35. *ad Ed.*)

3) C. 2. *Si adversus venditionem pignorum.*

4) Hiervon ist Fr. 7. §. 5. *eod.* mit Glück a. a. O. S. 25. zu erklären: Si obligaverit rem tutor sine decreto, quamvis obligatio non valeat, est tamen exceptioni doli locus, sed tunc quum tutor acceptam mutuam pecuniam ei solverit, qui sub pignore erat creditor. (ULP. 35. *ad Ed.*)

den, auch ohne Weiteres von selbst [1]). Weitere Ausnahmen giebt es nicht [2]).

Die nachherige Genehmigung des vom Vormunde auch ohne Dekret bestellten Pfandrechts von Seiten des großjährig gewordenen Minderjährigen und anderer unter Curatel Stehender, oder fünfjähriges Stillschweigen dazu, ohne Beschwerde darüber zu erheben [3]), bestätigen dasselbe, wie wenn es ursprünglich gesetzlich bestellt worden wäre.

Der Ertheilung des obrigkeitlichen Dekrets muß eine genaue Erörterung der Umstände vorangehen, indem nur das Vorhandensein gewisser Ursachen den Richter zur Ertheilung desselben veranlassen kann. Dahin gehören im Allgemeinen alle Ursachen, welche eine Veräußerung vom Vermögen des Pflegbefohlenen zu begründen geeignet sind, im Besondern aber alle diejenigen, welche mit der Erwerbung der Sache verbunden waren, als: Verpflichtung zur Entrichtung von Fideicommissen, Vermächtnissen, Alimenten u. s. w. aus letztwilligen Verfügungen und Verträgen, wozu Hypotheken für aufzunehmende Darlehne nöthig sind; ferner nothwendiger Unterhalt und sonstiger dringender persönlicher Bedarf des Pflegbefohlenen bei Mangel an Mitteln, Geld auf andere Weise als gegen Pfand zu erhalten, wozu auch die Erhaltung solcher Vermögensstücke gehört, deren Veräußerung entweder nicht erlaubt, oder wenn auch dies, doch weniger vortheilhaft ist; endlich, Bezahlung dringender Schulden und Befriedigung anderer Verpflichtungen, einschließlich der Bestellung einer Mitgift [4]). Die Beurtheilung der einzelnen Fälle nach diesen allgemeinen Grundzügen

---

1) S. Overbeck Meditat. IX. S. 312. vgl. den Grund S. 80.

2) Auch nicht in dem wohl fälschlich zuweilen hieher gezogenen Fr. 3. *eod.* — Sed si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus sit comparatus, isque pupillo vel minori traditus, an pignori obligationem possit habere is, cujus pecunia fundus sit emtus? Et major est, ut salvum sit jus pignoris secundum constitutionem Imperatoris nostri et Divi patris ejus ei pupillo, cujus pecunia comparatus est fundus. (ULP. 35. *ad Ed.*) Denn darin ist ein gesetzliches, kein vertragsmäßiges Pfandrecht verstanden. Glück XIX. S. 48—52.

3) C. 3. *Si major factus alienationem.*

4) Fr. 60. §. 1. *de Jure dotium.*

liegt der Obrigkeit, s. g. Obervormundschaftsbehörde ob; nur darf nie mehr Geld aufgenommen und ein Pfandrecht über die Summe hinaus bestellt werden, welche eben nöthig ist. Gleich von Anfang an hat der Richter sein Augenmerk darauf zu richten, ob nicht ein Verkauf der Verpfändung vorzuziehen sei [1]); er darf dies nicht dem Vormunde überlassen, ohne sich verantwortlich zu machen, sondern soll sich der Wahl durch Entscheidung selbst unterziehen [2]).

Diese Untersuchung, Caussae cognitio genannt, stand bei den Römern den höheren Staatsbeamten zu; als competente werden der Prätor und der Provinzialpräsident genannt. Man achtete diese Amtsobliegenheit für so wichtig, daß beim Uebertragen (Mandare) der Gerichtsbarkeit auf Andere, Legaten u. s. w., sie diesen nicht aufgetragen werden konnte, sondern von jenen in eigener Person verrichtet werden mußte [3]), ihnen auch mehrmals ganz besonders anempfohlen und an deren Wichtigkeit erinnert ward [4]). — Heutzutage gehört die Untersuchung und Beurtheilung vor den ordentlichen Gerichtsstand des Pflegbefohlenen, welcher durch Bestellung oder Bestätigung des Vormundes [5]) für sie die Obervormundschaftsbehörde bildet; da, wo besondere Abtheilungen der Gerichte die Angelegenheiten der unter Vormundschaft oder Curatel stehenden Personen besorgen, vor diese. Auf die Auswahl der zu verpfändenden Gegenstände kommt darum nicht soviel an, als bei der Veräußerung, weil äußersten Falls andere zum Verkauf, Behufs der Deckung der Pfandfoderung, angewiesen werden können.

---

1) Fr. 5. §. 10. *de Reb. eor.* — Idem Praetor aestimare debebit utrum vendere potius an obligare permittat. Nec non illud vigilanter observare, ne plus accipiatur sub obligatione praediorum foenoris, quam quod opus sit, ad solvendum aes alienum.

2) Fr. 7. §. 4. *eod.* — Quid ergo, si Praetor ita decreverit *vendere obligareve* permitto, an possit liberum arbitrium habere, qui faciat? Et magis est, ut possit, dummodo sciemus, Praetorem non recte partibus suis functum, debuit enim ipse statuere et eligere, utrum magis obligare an vendere permittat.

3) Fr. 2. §. 1. *de Officio ej. cui mand.* coll. C. 1. 6. *de Praed. et al. rebus.*

4) C. 6. 12. 18. *eod.* C. 3. *Si quis ignorans.*

5) Glück a. a. O. S. 43.

Für die Ertheilung des Dekrets sind noch einige Streitfragen zu berücksichtigen [1]). Wenn nemlich ein Pflegbefohlener ein Grundstück hat, welches außer dem Gerichtssprengel seiner ordentlichen Obrigkeit liegt, so wird bezweifelt, welche Gerichtsbehörde dann das Dekret zu ertheilen habe? — Einigen zufolge soll jeder der beiden Richter die Befugniß haben, und der Vormund nach Willkühr den einen oder den andern angehen können; Andere unterscheiden, ob die Vormundschaft getheilt oder ungetheilt verwaltet werde, wonach denn der Richter der gelegenen Sache das Dekret zu ertheilen habe [2]); Dritte endlich wollen das Dekret von beiden ertheilt wissen. Aber nach richtigen Grundsätzen ist der ordentliche Richter allein der zuständige, und der der gelegenen Sache nur dann zur Ertheilung des Dekrets berufen, wenn er durch eine Theilnahme an der Verwaltung nach den unter ihm gelegenen Grundstücken und danach bestehende abgesonderte Vormundschaft selbst mit zur Obervormundschaftsbehörde wird. — Ob ferner das Dekret vor oder nach geschehener Verpfändung ertheilt werden müsse, oder dürfe, wird ebenfalls verschieden beantwortet. Da die vorherige Erlassung nirgends unter Androhung der Nichtigkeit verboten ist [3]), so kann sie auch mit Erfolg noch nachher geschehen, allein die Gültigkeit der Verpfändung und des Pfandrechts kann erst von Ertheilung des Dekrets an als feststehend betrachtet werden.

Der Vormund hat sich streng nach dem richterlichen Dekrete zu richten; Zuwiderhandeln zieht Nichtigkeit nach sich [4]). Auch muß sich der Richter um die wirkliche Verwendung des Geldes bekümmern [5]), und für die Gesetzlichkeit des erlassenen Dekrets stehen [6]).

---

1) Besonders über Fr. 5. §. 12. *de Reb. eor.* und C. 16. *de Praed. et al. reb.*

2) Glück a. a. O. S. 45.

3) Glück ebend. S. 47.

4) Fr. 7. §. 3. *eod.* — Si praetor tutoribus permiserit vendere, illi obligaverint, vel contra, an valeat quod actum est? Et mea fert opinio, eum qui aliud facit, quam quod a Praetore decretum est, nihil egisse. (ULP. 35. *ad Ed.*)

5) Fr. 5. §. 13. *eod.*

6) C. 5. *de Praediis et al. reb.* — Etsi Praeses provinciae decreverit alienandum vel obligandum pupilli suburbanum vel rusticum

II. Es können ferner Kinder, die in väterlicher Gewalt stehen, ihr Sondergut, soweit der Vater den Nießbrauch daran hat, nicht ohne dessen Willen verpfänden [1]); dasjenige hingegen, worüber sie sonst frei verfügen können, dürfen sie auch verpfänden [2]), aber nicht für Andere; doch kann dies Quaestio facti sein, wieweit ihnen die Erlaubniß zuständig sei [3]). Für Minderjährige vertritt in diesem Fall der Vater die Stelle des Vormundes, und es kommen dann alle vorher unter I. gelehrte Regeln zur Anwendung [4]).

III. Sclaven können ihr Sondergut verpfänden [5]), aber nur für sich, nicht für Andere [6]).

B. Soviel die Person Dessen angeht, dem ein Pfandrecht bestellt werden soll, so ist für diejenigen, welche nicht ohne Beistand eines Vormundes oder Curators verpfänden können [7]), zu bemerken, daß sie eben so wenig ohne dieselben einen Pfandcontract, obwohl er ihnen Vortheil gewährt, und sonst die dem Unmündigen vortheilhaften Geschäfte, welche er ohne Vormund eingegangen, aufrecht erhalten zu werden pflegen, selbst nicht einmal mit Solchen eingehen können, die ihnen schon schuldig sind, und zwar darum nicht [8]), weil sie daraus selbst eine Obligation übernehmen. In Ansehung der Hypotheken ist das Gegentheil anzunehmen, da der Unmündige hier keine Verpflichtung

---

praedium, tamen actionem pupillo, si falsis allegationibus circumventam religionem ejus probare possit, Senatus reservavit, quam exercere tu quoque non vetaberis. (260.)

1) C. 8. §. 5. *de Bonis quae liberis.* — Filiis autem familias in his duntaxat casibus, in quibus ususfructus apud parentes constitutus est donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus testari permittimus, neque citra voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, ulla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare, vel hypothecae titulo dare, vel pignori adsignare. Coll. Fr. 18. §. 4. *de P. A.* Fr. 1. §. 1. *Quae res pignori.* C. 4. *Ad Senatus-cons. Macedon.*

2) Nov. CVII. Cap. 1. Fr. 19. *de P. A.*

3) Fr. 1. §. 1. *Quae res pignori.*

4) Glück XVIII. S. 207.

5) Fr. 18. §. 4. *de P. A.*

6) Fr. 1. §. 1. *Quae res pignori.* S. noch Fr. 36. *de Peculio.*

7) Die veraltete Vorschrift über die Befugniß der Sklaven, s. Fr. 28. §. 1. *de P. A.*

8) Fr. 38. *de P. A.* — Pupillo capienti pignus propter metum pigneraticiae actionis necessaria est tutoris auctoritas. (MOD. 1. *Differ.*)

gegen den Verpfänder weiter eingeht, sondern dann, wenn diese eintreten könnten, (wegen der nothwendig erhobenen Klage,) die vormundschaftliche Mitwirkung schon erfolgt sein muß.

C. Es liegt in der Natur des Pfandrechts als einer Obligation [1]), daß es strengem Rechte nach durch freie Stellvertreter nicht erworben werden kann [2]). Dieser allgemein anerkannte Satz hat aber in Verbindung mit vorkommmenden Fällen, wo eine Hauptobligation durch Dritte dennoch erworben wird [3]), und der spätern ausdrücklichen, wenn auch in ihrem Grunde auf einer falschen Ansicht beruhenden, eben darum aber selbst von Vielen mißverstandenen, Verordnung [4]) zu mannigfachen Theorieen Veranlassung gegeben. Erst durch Mühlenbruch [5]) ist in diese Materie Licht und Ordnung gebracht worden.

---

1) Büchel Natur des Pfandrechts S. 65 ff. Mühlenbruch Cession S. 88 ff. (S. 102. d. n. A.)

2) Fr. 11. §. 6. *de P. A.* — Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non adquiritur, adeo ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem acquiratur; et ideo ipsi actione pigneraticia convenientur. Sed nec mutat, quod constitutum est ab imperatore nostro, posse per liberam personam possessionem acquiri, nam hoc eo pertinebit, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem vel tutorem apprehendere; ipsam autem obligationem libera persona nobis non semper acquiret. (ULP. 18. *ad Ed.*) Plerumque und non semper sind Interpolationen Tribonians, s. Mühlenbruch a. a. O. S. 77. 135 c) S. 90. (190. d. n. Ausg.) Vgl. noch C. 16. *de Pignoribus.*

3) Fr. 2. §. 4. *de Reb. cred.*

4) C. 2. *Per quas Personas.* — Cum per liberam personam si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiratur (quidem) ei, cujus nomine pecunia credita est, per hujusmodi numerationem condictio, non autem hypotheca vel pignus eorum, quae procuratori data vel supposita sunt, dominis contractus acquiritur, talem differentiam expellentes sancimus, et condictionem et hypothecariam actionem, vel pignus ipso jure et sine aliqua cessione ad dominum contractus pervenire. Si enim procuratori necessitas legibus imposita est, domino contractus cedere actionem, quare quemadmodum ab initio in personali actione cessio supervacua videbatur, (eine kaiserliche grob-irrige Meinung,) non etiam in pignoribus et hypothecis simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem, seu pignoris vinculum vel retentionem sibi acquisitam? — Zur vorherigen Parenthese ist nemlich zu bemerken, daß eine Cession darum ganz unmöglich ist, weil der Handelnde kein Recht erworben, also keins zu cediren hatte, s. Mühlenbruch a. a. O. S. 95. Anm. 163.

5) a. a. O. §. 9—14.

Es ist eine allgemeine Regel, daß eine freie, d. h. nicht in der Gewalt einer andern stehende, Person für eine solche andere von einer dritten gültig nichts versprechen lassen, noch einen Contract auf deren Namen stellen kann [1]). Ebensowenig kann sie durch ihren Vertrag einen Dritten dem Mitpaciscenten verpflichten. Damit ist aber nicht alle und jede Beziehung auf die Person eines Nichtpaciscenten ausgeschlossen, sondern es konnten in einzelnen Fällen besondere Wirkungen dadurch entstehen [2]); freilich erhält nicht dieser dadurch ein Recht, sondern der Contrahent selbst, denn schon die Absicht dazu hätte die ganze Handlung ungültig gemacht [3]). Es giebt aber auch Ausnahmen von der Regel, daß ein Vertrag nicht auf einen Dritten gestellt werden könne, z. B. wenn Vormünder, Actoren der Municipien, für diejenigen constituiren lassen, die sie vertreten, oder ein Ascendent seiner Descendentin die Rückfoderung einer bestellten Mitgift stipulirt; doch bestätigen diese den Satz, daß die directe Erwerbung einer Obligation unmöglich sei, gerade dadurch, daß in allen nur analoge (utiles) Klagen Statt finden, und sind nicht etwa Ausnahmen von ihm; denn das Recht des Dritten ist dann stets nur ein abgeleitetes. Unabhängig von den bisherigen Regeln kann aber, um nach diesen Vorbemerkungen unserm Gegenstande näher zu rücken, die Frage entstehen, ob nicht der Satz, daß man durch freie Stellvertreter kein Klagerecht erwerben könne, wirklich Ausnahmen erleide. Dieselbe wird fast allgemein bejahet [4]), aber irrig. Denn der Begriff der Erwerbung durch eine Mittelsperson für einen Dritten setzt offenbar jene als unmittelbar aus dem Geschäft der erstern geschehen voraus; es gehören mithin hieher nicht die Fälle, wo eine Foderung nicht durch ein eigentliches Geschäft der Mittelsperson entstanden ist, sondern

---

1) **Fr. 73. §. 4.** *de* ***Reg. juris.*** — Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest. (SCAEV. *l. s. ὁρῶν.*)

2) In zwei Fällen: 1) befreiet nemlich stipulationsmäßige Zahlung an den Dritten von der Obligation, s. Mühlenbruch S. 79 ff. 2) wenn der Paciscent bei einer Leistung an einen Dritten interessirt ist. Dann findet sogar Klage Statt.

3) Ueber **Fr. 84.** *pro Socio* s. Mühlenbruch S. 81. (140.)

4) Mühlenbruch S. 87 ff.

ihren Grund in einem andern Verhältnisse hat, oder der Handelnde entweder blos als Vermittler oder als ein Werkzeug des Willens eines Andern erscheint, oder das Klagerecht durch Cession oder als utilis actio dem Dritten zusteht, die directa aber als Recht dem Urheber verbleibt. Im Allgemeinen lassen sich zwar auch diese Fälle unter den Begriff der Erwerbung einer Foderung durch Andere stellen, und er wird auch in den Quellen hin und wieder darauf angewendet, allein niemals in Zusammenhang mit obgedachter Regel, sondern mehr zu einem nicht juristischen, und niemals zu einem technischen Gebrauch. — Zu den Fällen nun, wo eine Foderung nicht durch ein eigentliches Geschäft einer Mittelsperson für einen Dritten erworben wird, sondern dies in einem andern Verhältniß seinen Grund findet, gehört auch, daß Derjenige, in dessen Namen [1]) eine Anleihe gegeben wird, die Condictio ex mutuo erwirbt. Denn die ganze Verbindlichkeit des Empfängers beschränkt sich darauf, das Erhaltene in genere zurückzugeben, und gründet sich nicht sowohl in einem eigenthümlichen Contract, als darin, daß der Schuldner eine Summe mit Beziehung auf den Eigenthümer empfängt. Hier entsteht also der Realcontract recht eigentlich durch die Sache selbst, und es ist gar nichts Besonderes, daß man Schuldner von Dem wird [2]), dessen Geld man wissentlich erhalten hat. So wird also hier kein Recht eigentlich durch die Handlung des Stellvertreters erst erworben, sondern ein unabhängig davon begründetes erhalten, was das römische Recht im Gegensatz zum Erwerben ausdrücklich als zulässig anerkennt [3]). Zugleich aber scheidet es davon den Fall, wo der stellvertretende Paciscent mit einer Anleihe noch eine andere Obligation verbindet, z. B. Rückzahlung an einen Dritten, (weil dies nur Folge einer besondern Stipulation sein kann) [4]). Hierher gehört nun auch das

---

1) Hierauf wird als Grund das ganze Gewicht gelegt, s. bes. den Gegensatz in C. 16. *de Pignoribus.*

2) Mühlenbruch S. 92.

3) Fr. 72. *de Procurator.* — Per procuratorem non (semper) adquirimus actiones, sed retinemus. Ueber das semper als Tribonianismus, s. Dens. S. 89. (151.)

4) S. Fr. 126. §. 2. *de V. O.* u. dazu Mühlenbruch a. a. O. S. 92. (158 b.)

Pfandrecht (wie die vorher S. 221. in Anmerkung 2.) gedachten Stellen ergeben [1]); allein gerade für dieses ist von Justinian (s. S. 221. Anm. 4.), wenn auch, wie gedacht, aus einer juristisch ganz falschen Veranlassung ausdrücklich vorgeschrieben worden, daß es durch einen Procurator direct solle erworben werden können. Hierin ist also jetzt eine wirkliche Ausnahme von der vorher gedachten Regel allerdings enthalten, und es liegt gegenwärtig außer Zweifel, daß ein Pfandrecht direct durch einen Bevollmächtigten oder einen Geschäftsbesorger erworben werden kann [2]).

---

1) Nur Fr. 21. *de Pignor.* scheint zu widersprechen: **Si inter colonum et procuratorem meum convenit de pignore, vel ratam habente me conventionem vel mandante: quasi inter me et colonum meum convenisse videatur** (auch aus ULP. 23. *ad Ed.*). Widerspruch zwischen Stellen von demselben Schriftsteller kann nicht angenommen werden. Mühlenbruch's (S. 130. (217.) Erklärung geht dahin, daß darin gesagt sei, ein solcher Vertrag sei nicht geradezu ein ungültiger, weil es zweifelhaft gewesen sein könne, ob ein Pfandrecht als Accessorium einer Obligatio, die man nicht selbst zu fodern hatte, überhaupt habe ausbedungen werden können. Ulpian erkläre also den Pfandvertrag für gültig, gestehe aber darum dem Gläubiger noch keine Klage zu. Diese Erklärung hat ihm in der neuern Auflage S. 108 (222.) selbst nicht genügt, und er meint nun, es sei vom directen Erwerb des Pfandrechts hier überall nicht die Rede, sondern Ulpian erkläre den Vertrag überhaupt nur für gültig und wirksam, und man könne es entweder von einer utilis actio verstehen, oder auf einen Zweifel darüber beziehen, ob überall Jemand ein accessorisches Recht für eine ihn gar nichts angehende Foderung versprechen lassen dürfe, was durch die Basiliken bestätigt werde, wo die Stelle so laute: Procurator de pignore valide (ἰσχυρῶς) convenit. — Allein auch diese Erklärung ist noch zu unsicher. Es ist freilich nicht zu leugnen, daß jene Stelle so, wie sie verstanden werden kann, und in der That am leichtesten verstanden werden zu müssen scheint, mit der ganzen von Mühlenbruch so scharfsinnig und gründlich entwickelten Theorie in Widerspruch geräth; allein gerade das muß diese Auslegungsart verdächtig machen und deren Leichtigkeit die Wage halten. Mir scheinen zwei andere, die sich wenigstens ganz ungezwungen darbieten, darum den Vorzug zu verdienen, weil danach die Stelle mit jener Theorie in vollen Einklang gesetzt wird. Es kann nemlich entweder mit der Glosse verstanden werden, daß hier von einem pignore nicht *a colono* dando die Rede sei, sondern welches dem colono constituirt werden solle. Manche nehmen dies sogar an, ohne einer andern Erklärungsart zu gedenken, s. *Donell.* l. l. p. 474. Glück XVIII. S. 309. — oder, daß der Procurator hier über das gesetzlich bestehende Pfandrecht einen, z. B. die Ausübung modificirenden, Vertrag eingegangen sei. Büchel's Erklärung a. a. O. S. 70., daß der Procurator hier an Stelle eines Boten sei, mögte den wenigsten Beifall finden.

2) Das heutzutage practische Recht erkennt übrigens die Regeln, daß

Dahingegen war die Bestellung eines Pfandrechts durch Bevollmächtigte und Geschäftsbesorger, insofern sie Auftrag erhalten haben, oder die Genehmigung der Geschäftsherren erst hinterher erfolgt, gültig; denn in der Hinsicht, durch Beauftragte sich zu verpflichten, hatten sich die Römer schon früher von der allgemeinen Regel, daß Jeder vor Gericht für sich selbst handeln müsse, entfernt [1]). Die Aufrechterhaltung des Princips zeigt sich jedoch darin, daß Pfandbestellung dieser Art wider den Geschäftsherrn nur eine analoge Klage begründet, welche freilich mit der directen auf Eins hinausläuft; auswahlsweise steht diese auch wider den Bevollmächtigten selbst zu, der sich dann durch die Gegenklage an den Geschäftsherrn wenden kann [2]). Nach dem heutigen practischen Recht, wo Contracte unbedenklich auf eines Andern Namen gestellt werden können, darf aber der Geschäftsführer eine solche Klage wider sich allemal durch die Einrede der Arglist entfernen, wenn der Geschäftsherr belangt werden kann. Es genügt zur Herstellung dieses Verhältnisses eine solche Generalvollmacht, die sich auf die Verwaltung des gesammten Vermögens des Auftraggebers bezieht, wozu jedoch noch erfodert wird, daß der Geschäftsherr gegen Verpfändung zu borgen gewohnt gewesen sei; sonst ist allerdings eine Specialvollmacht erfoderlich, denn die Genehmigung, welche nachher erfolgt, ist mit der, welche der Eigenthümer zur Verpfändung seiner Sache durch einen Dritten ertheilt, ganz einerlei [3]), und hat also für die Eigenschaft eines Bevollmächtigten nichts Ausgezeichnetes. Die Gegenklagen im Fall des Pfandcontracts bleiben jedoch dem

---

dem Geschäftsherrn, mit Rücksicht auf den ein Dritter contrahirt hat, auch ohne Abtretung wider diesen eine Klage ertheilt werde, als allgemein an. Mühlenbruch a. a. O. S. 137. (234.)

1) Mühlenbruch a. a. O. S. 132.

2) Ders. S. 133. Anm. 228. u. 229. zusammengehalten mit S. 117—123. und S. 124. zu Anf. Vergl. Bucher R. der Foder. S. 277 f.

3) Fr. 11. §. 7. *de P. A.* — Sed si procurator meus vel tutor rem pignori dederit, ipse agere pigneraticia poterit; quod in procuratore ita procedit, si ei mandatum fuerit pignori dare, (ULP. 28. *ad Ed.*) Fr. 12. *eod.* — vel universorum bonorum administratio ei permissa est ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere. (GAI. 9. *ad Ed. prov.*) *Donell.* l. l. p. 473.

Bevollmächtigten direct zuständig, als analoge aber werden sie auch ohne Abtretung für den Geschäftsherrn erworben [1]), so daß letztere die ersteren stets aufheben [2]), sobald eine Collision zwischen beiden eintreten könnte, mithin jene eigentlich nur dann mit Erfolg Statt hat, wenn sie der Geschäftsherr zuläßt. — Wenn jedoch Jemand eines Andern Geld ausleihet und dafür ein Pfandrecht bestellen läßt, ohne die Obligation auf des Andern Namen zu contrahiren, so kann dieser ohne förmliche Abtretung oder Erbfolge dadurch allein kein Recht erwerben [3]).

Verwalter städtischer Güter können nach römischem Recht für aufgenommene Anleihen der städtischen Vermögenscassen Pfandrechte an Sachen derselben bestellen [4]). Ob die für den Verkauf der städtischen Güter angeordneten Formen auch für die Verpfändung anzunehmen seien, ist unentschieden; doch scheint, ungeachtet die Verpfändung ein Act der Veräußerung ist, dies nicht blos darum, weil der **31.** Titel des elften Buches des Codex die Ueberschrift führt: de *vendendis* bonis civitatum, zu bezweifeln, sondern auch weil die strenge persönliche Verantwortlichkeit der Verwalter für etwanige Verluste bürgte, ihre eigene Wahl wie die Hinlänglichkeit ihres Vermögens aber von der Beurtheilung anderer Vorgesetzten abhing, welche ebenfalls dem städtischen Gemeinwesen verantwortlich waren. Da die römische Städteverfassung von der heutigen ganz verschieden ist, so kann gegenwärtig in dieser Hinsicht nur die Verwaltungsorganisation im Einzelnen entscheiden, und gemeinrechtliche Grundsätze nicht aufgestellt werden. Mangelt es an geschriebenen Satzungen und Bestimmungen, so muß das Herkommen in ähnlichen Fällen berücksichtigt werden. Im Allgemeinen wird

---

1) S. *Mühlenbruch* Doct. Pandect. §. 131. a. E. — Cession der Foder.-R. S. 51 f. (s. o. S. 224. Anm. 2.)

2) Mühlenbruch a. a. O. S. 51.

3) C. 19. *de Distract. pignoris.*

4) Fr. 11. pr. *de Pignoribus.* — Si is qui bona reipublicae jure administrat, mutuam pecuniam pro ea accipiat, potest rem ejus obligare. (MARC. *l. l.*) Eine Ausdehnung auf andere Fälle als die mutua pecunia scheint nicht rathsam zu sein.

die Genehmigung und Ermächtigung der die Aufsicht führenden Behörde erfodert, und die Befolgung ähnlicher Grundsätze wie bei der Verpfändung der Güter der Unmündigen und Kirchen zur Anwendung zu bringen sein.

Dasselbe gilt von den s. g. frommen Stiftungen und andern öffentlichen ähnlichen Anstalten.

Die vertragsmäßige Verpfändung ist zuletzt noch von einer besondern Seite her hier in Betracht zu ziehen, nemlich insofern sie für dritte Personen als Schuldner geschieht, wohin allerdings auch die nachträgliche Genehmigung des Eigenthümers zu der von einem Andern geschehenen Verpfändung seiner Sache zu rechnen ist. In diesem Fall ist die Pfandbestellung eine Art von Intercession [1]), und kann mithin nur von solchen Personen und unter solchen Umständen gültig vollzogen werden, wie zu rechtsgültigen Intercessionen erfoderlich ist. Von den Personen, die dies nicht können [2]), interessiren uns gegenwärtig nur noch die Weiber. Diese können für dritte Personen, oder auch ihre Ehemänner [3]), in der Regel keine zu ihrem Vermögen gehörige Stücke verpfänden, und wenn dies geschehen ist, so besteht das Pfandrecht nicht weiter, als sie selbst etwa einer Hauptverpflichtung theilhaftig erscheinen [4]); hierher gehört auch, wenn eine Wittwe die Vermögensverwaltung ihrer Kinder auf sich hat, und deren Vormündern zur Sicherheit ein Pfandrecht bestellt, nicht aber, wenn sie dieselben, falls sie die Vormundschaft ablehnen wollen, dadurch dazu veranlaßt, daß sie ihnen Ersatz allen und jeden Nachtheils verspricht, oder sich sonst nach

1) Fr. 8. pr. *ad Sct. Vellejan.* — Quamvis pignoris datio intercessionem faciat, tamen Julianus lib. 12. Dig. scribit, redditionem pignoris, si creditrix mulier rem, quam pignori acceperat, debitori liberavit, non esse intercessionem. (ULP. 29. *ad Ed.*) S. o. S. 35. (1.)

2) *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 485.

3) C. 11. *de Distract. pignoris.*

4) Fr. 1. §. 4. *de Pignoribus.* — Quum praedium uxor viro donasset, idque praedium vir pignori dedisset, post divortium mulier possessionem praedii sui recuperavit, et idem praedium ob debitum viri pignori dedit; in ea duntaxat pecunia recte pignus a muliere contractum apparuit, quam offerre viro debuit, meliore praedio facto, sc. si majores sumtus, quam fructus fuissent, quos vir ex praedio percepit; etenim in ea quantitate proprium mulier negotium gessisse, non alienum suscepisse, videtur. (PAP. 11. *resp.*)

Vormündern umgethan und jede Gefahr freiwillig auf sich genommen hat [1]). Hinwiederum aber ist das Pfandrecht für eine dem Schwiegersohn versprochene Mitgift gültig. [2]).

Nach dem neuesten römischen Rechte ist nur die Verpfändung der Frauen für ihre Ehemänner als ganz ungültig bezeichnet [3]), obwohl nach heutigem Rechte, in Gemäßheit des canonischen, auch diese nach vorangegangener eidlicher Entsagung der Rechtswohlthat vollgültig wird [4]). Uebrigens aber wird eine Verpfändung für Dritte unter solchen Umständen geschehen, wo eine Intercession als zulässig anerkannt wird, ebenfalls aufrecht erhalten, also: **1)** in einer öffentlichen Urkunde, welche außerdem von drei Zeugen unterschrieben sein muß [5]); **2)** ohne solche, schriftlich wie mündlich, wenn sich erweisen läßt, daß sie eine angemessene [6]) Belohnung dafür erhalten habe; **3)** wenn die die Vormundschaft für Kinder oder Enkel übernehmende Mutter oder Großmutter gerichtlich auf die ihr zuständige Rechtswohlthat verzichtet hat [7]); **4)** in den Fällen, wenn die Frau zu einem Geschäft vom Staat ermächtigt ist, also wenn Kauf- und Handelsfrauen in Handelsgeschäften Pfandrechte für Andere bestellen, und wenn eine Fürstin-Regentin in dieser Eigenschaft es thut [8]).

Uebrigens scheint es keinem Zweifel zu unterliegen, daß die Schlußbemerkung von §. **18.** auf Pfandbestellung für Dritte überhaupt und allgemeine Anwendung leide, indem das Beispiel in der dort angeführten Beweisstelle nur zufällig eine gemeinschaftliche Sache betrifft.

---

1) C. 6. *ad Sct. Vellejanum.* Vgl. C. 7. *eod.*

2) C. 12. *eod.*

3) C. 11. *de Distractione pign.* Es sei denn, daß eine Betrügerei des Gläubigers dabei vorgegangen wäre.

4) S. Glück a. a. O. XV. S. 33. *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 489.

5) Nur so läßt sich §. 2. der C. 23. *ad Sct. Vellejan* mit dem Anfang vereinigen, s. *Mühlenbruch* a. a. O.

6) S. Glück XV. S. 30.

7) *Nov.* CXVIII. Cap. 5.

8) Glück a. a. O. S. 33 f.

§. 27.

Vom Pfandcontract.

Der Pfandcontract (pigneraticius contractus, auch pignus) unterscheidet sich vom Pfand- oder Hypothekenvertrag dadurch, daß er den Besitz des Pfandes auf den Gläubiger überträgt. Er gehört zu den s. g. Realcontracten [1]), ist bonae fidei, und derjenige Contract, demzufolge Einer dem Gläubiger zur Sicherheit für eine künftig zahlbare Foderung eine Sache einstweilen mit der Befugniß übergiebt [2]), dieselbe bis zur Tilgung der Foderung zu besitzen, und mit der Verpflichtung, sie alsdann zurückzugeben, falls diese aber unterbleibt, sich einseitig durch deren Verkauf bezahlt zu machen. Seiner Natur nach ist er ein accessorischer Contract, weil er eine Foderung voraussetzt, die er decken soll; das Vorhandensein dieser bedingt seine Gültigkeit, wie die des Pfandrechts selbst; deren Mangel, wenn er vorher eingegangen worden, und die Hauptfoderung nicht zu Stande gekommen ist, die Zurückfoderung des Pfandes begründet [3]). Ein ungültiger Pfandcontract bewirkt in der Regel nicht einmal ein Innebehaltungsrecht [4]). — Als Realcontract wird der Pfandcontract durch die Uebergabe des Pfandes selbst vollzogen; diese stellt ihn nach vorhergegangener gegenseitiger Einwilligung ohne weitere Form her. Begründet wird dadurch auf Seiten des Verpfänders die Hauptklage, pigneraticia directa actio, und auf Seiten des Pfandbesitzers die Pfand-

---

1) Fr. 1. §. 6. *de Obligation. et action.* — Creditor quoque qui pignus accepit, re tenetur, qui et ipse de ea ipsa re, quam accepit restituenda tenetur. (GAI. 2. *aureor.*)

2) Eine ganz absonderliche Vorstellung wäre es, ein Faustpfand ohne Uebergabe anzunehmen; in Fr. 1. pr. §. 1. *de Pignoribus*, die man hierzu angeführt findet, ist Pignus in allgemeiner Bedeutung zu nehmen, als das Pfandrechtsverhältniß. Fritz a. a. O. S. 423. giebt dies Wening (a. a. O. S. 405.) und Gesterding S. 80. Schuld, allein sie reden nur von Conventionalpfändern, nicht von Faustpfändern.

3) C. 1. 2. *Si pign. conv. num. pec.* (s. o. S. 36.)

4) Fr. 25. *de Pignoribus.* — s. S. 41. Ausgeschlossen sind natürlich die Fälle, wo ein solcher Contract durch ein nachheriges Ereigniß entweder völlig wirksam wird, oder doch zum Theil, d. h. ein Innebehaltungsrecht gewährt (s. o. S. 90. 91. u. 88. 89.)

gegenklage, pigneraticia contraria actio, womit sie die gegenseitigen Befugnisse wider einander durchsetzen.

Faustpfänder können alle Sachen sein, welche verpfändet werden dürfen, mit alleiniger Ausnahme der persönlichen Foderungsrechte (S. 120.) [1]). Erfolgt dem geschehenen Versprechen gemäß keine Uebergabe, so ist dennoch dadurch eine Hypothek als bestellt zu betrachten [2]). Dieses einstweilige Hypothekverhältniß verwandelt sich sofort in den Pfandcontract, sobald der Gläubiger den Besitz erhält.

Wir kommen hierbei zu einem Umstande, über den, wenn er gleich nichts Neues ist, dennoch von den Rechtslehrern hingestrichen zu werden pflegt, ohne ihn in seiner Allgemeinheit von der Seite her anschauen zu lassen, welche nicht die am wenigsten folgenreiche ist, und der, mogte man nun die aus ihm folgenden Erscheinungen als unabhängige und einzeln für sich betrachten [3]), was jeden Falls eine zusammenhangslose Ansicht der durch das Pfandrecht entstehenden und sich nach Umständen verschiedenartig gestaltenden Verhältnisse zwischen den am Pfande betheiligten Personen herbeiführen muß, oder sie als solche überhaupt verkennen, mit großem Unrecht hintangesetzt worden. Es geht nemlich nicht nur jede Hypothek, durch Uebergabe des Pfandes an den Gläubiger, beim Mangel einer andern Erklärung, stillschweigend in einen Pfandcontract über, sondern überhaupt jedes Pfandrecht ohne Ausnahme dann, sobald der Gläubiger nach Pfandrecht in den Besitz des Pfandes gekommen ist, und es entstehen dadurch alle diejenigen gegenseitigen Bezie-

---

1) In Bezug auf Fr. 238. §. 2. *de V. S.* (S. 197.) und §. 7. J. *de Action.* — pignoris appellatione eam [rem] contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit, — ist zu bemerken, (s. Schrader im Commentar zu dieser Stelle im großen C. J.), daß man sich in der zweiten Stelle des Begriffs Pfand, pignus, lediglich wie im gemeinen Leben bedient hat; in der ersten ist aber die beiläufige Bemerkung unde etiam etc. als die Ansicht Einiger mißbilligend zu verstehen; daß Grundstücke Faustpfänder sein können, beweist C. 4. *de Pignoribus.* — s. S. 205.

2) Fr. 1. §. 1. *de P. A.* — Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an si quis aurum ostenderit, quasi pignori daturus, et aes dederit, obligaverit aurum pignori? Et consequens est, ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc consenserint. (ULP. 40. *ad Sab.*)

3) S. z. B. Glück XIV. S. 154 ff.

hungen zwischen Gläubiger und Verpfänder, und alle Rechtsmittel, welche der Pfandcontract ursprünglich begründet [1]). Denn der Pfandcontract erhält seine eigenthümliche rechtliche Natur einzig durch den Besitz des Pfandes; sobald dieser daher für jeden andern Pfandgläubiger eintritt, sind die formellen, wie die wesentlichen Erfordernisse des Pfandcontracts vorhanden. — Alles also, was im Folgenden vom Pfandcontract gelehrt wird, leidet auf das ursprüngliche Hypothekverhältniß, welches dem Gläubiger den Besitz gewährt hat, die vollständigste Anwendung.

Die Natur des Pfandbesitzes wird durch eine eigenthümliche Gestaltung des animus possidendi characterisirt, und durch dessen Bestimmungsmaaßstab, den Zweck, zu welchem er geübt und übertragen wird, erklärt [2]). Der zum Besitzen überhaupt erfoderliche animus, in den Quellen ohne Beisatz gestellt, von den Neueren meist possidendi oder sibi habendi geheißen, ist nemlich in seinem nächsten Zweck zwar domini, allein je nachdem er auf die Ausübung fremden Eigenthums gerichtet ist, gewinnt er auch eine verschiedene Gestalt. Seine Grundlage ist vor Allem das Bewußtsein des Besitzens [3]); dieses kann auch für Andere Statt haben, und schließt dann natürlich den animus domini aus, weil dieser daneben nicht bestehen kann. Dies geschieht namentlich dann, wenn der Besitzer nicht nur weiß, daß ein Eigenthümer vorhanden sei, sondern auch wenn er diesem das Eigenthum und alle davon allein abhängigen Beziehungen nicht bestreitet. Hierzu muß ein besonderes Verhältniß zweier Personen zu einander vorausgesetzt werden, des Besitzers und des Eigenthümers [4]), welches für den Besitz selbst dann die nähern juristischen Bestimmungen enthält. Eine solche ist der Pfand-

---

1) S. z. B. Fr. 11. §. 5. *de P. A.* (S. 177.) — So wird auch die Pfandhauptklage bei allen gesetzlichen Pfandrechten, und nicht als utilis (Glück a. a. O.) erwähnt.

2) S. meine Schrift: Beiträge zur Lehre vom Besitz überhaupt und vom Pfandbesitz im Besondern, in der Zeitschrift für Civilrecht u. s. w. Bd. VII. S. 223 — 273. und S. 414 — 36.

3) Fr. 1. §. 3. *de A. vel a poss.* §. 9. §. 20. 21. *eod.* Meine Schrift S. 241 ff.

4) S. meine Schrift S. 248.

contract. Zweck einer jeden Pfandbestellung ist die Sicherheit des Gläubigers; wird diesem das Pfand behändigt und in seine physische Gewalt gegeben, so ist der größtmöglichste Grad von Sicherheit vorhanden. Sein Recht aus der Pfandbestellung ist aber nicht nur an gewisse rechtliche Bestimmungen, sondern auch hauptsächlich an den Ablauf eines Termins geknüpft, vor welchem kein Gebrauch davon gemacht werden kann. Bis dahin hat er den Besitz, den ihm der Eigenthümer selbst einräumt, und wovon er solchen Gebrauch machen soll, wie es in der Regel nur der Eigenthümer darf, der also rechtlich geschützt werden muß, während inzwischen die Eigenthumsbeziehungen des Gläubigers zum Pfande nicht aufhören [1]). Was dem Gläubiger davon zugestanden wird, steht in strengster Folge und Zusammenhang mit der Natur des Rechtsgeschäfts und des Pfandcontracts selbst. Gleiches gilt bei dem in Folge des Hypothekrechts entstandenen Besitz des Pfandes. Der Gläubiger hat, dem Zweck des Pfandbesitzes entsprechend, den wahren animus sibi possidendi [2]); er hat zu dessen Schutz die Interdicte, auch gegen den Pfandbesteller [3]). Dieser letztere hin-

1) Fr. 35. §. 1. *de P. A.* — Pignus manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem: potest tamen et precario et pro conducto re uti sua. (FLOR. 8. *Inst.*)

2) Fr. 13. *Quae in fraud. credit.* — Illud constat, eum, qui pignus tenet, hac actione, (in factum ex edicto propter ea, quae fraudandi caussa creditorem gesta sunt,) non teneri: suo enim jure et ut pignus, non rei servandae caussa possidet. (PAUL. 68. *ad Ed.*) — Fr. 37. *de A. v. A. Possess.* — Res pignoris nomine data, et possessione tradita, deinde a creditore conducta, convenit, ut is, qui hypothecam dedisset, pro colono in agro, in aedibus autem pro inquilino sit; per eos creditor possidere videtur. (MARC. *l. l.*) — Fr. 37. *de P. A.* — Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio, quum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem apiscendi. (PAUL. 5. *ad Plaut.*)

3) Fr. 6. §. ult. *de Precario.* — Quaesitum est, si quis rem suam pignori mihi dederit, et precario rogaverit, an hoc interdictum locum habeat; quaestio in eo est, ut precarium consistere rei suae possit. Mihi videtur verius, precarium consistere in pignore, quum possessionis rogetur, non proprietatis. Et est haec sententia etiam utilissima; quotidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederant, et debet consistere precarium. (ULP. 71. *ad Ed.*)

gegen besitzt nur in einer einzigen Beziehung [1]), ad usucapionem [2]); die dazu nöthige Detention für ihn übt der Pfandbesitzer, weil er den Eigenthümer als solchen anerkennt, mithin dessen Usucapionsbefugniß; denn er kann so wenig den Willen haben, die begonnene zu stören, als eine eigene zu beginnen, und besitzt also, wie in jeder andern Hinsicht, so daß er z. B. mit der Klage ad Exhibendum, nicht der Schuldner belangt werden muß, so in dieser nomine alieno.

Da in dem Pfandcontract das Hauptcharacteristische der Besitz des Pfandes ist, mit dessen Einräumung daher der Pfandbesteller bis auf die Fälle, wo er durch die Pfandgegenklage haftet, seinen Hauptpfandverbindlichkeiten nachgekommen ist, so erscheint, weil auch der Verkauf vielmehr Folge des Pfandrechts ist, aus demselben der Pfandbesitzer, also der Gläubiger, als der hauptsächlich verpflichtete Theil. Hier ist Folgendes zu beachten:

A. 1) Während der Zeit des Besitzes hat der Pfandgläubiger keine Befugniß, Gebrauch von der Sache zu machen; wenn er es doch thut, so wird er dadurch nach römisch-rechtlichen Begriffen eines furti, nemlich usus, schuldig [3]). Gegenwärtig kann nur eine Schadens- oder Injurienklage erhoben werden, oder in factum, daß er sich des Gebrauchs enthalte; doch ist nicht abzusehen, warum dazu die Contracts-, d. h. die Pfandhauptklage, nicht soll

1) Doch stellt auch der Pfandbesitz eines Grundstücks für den Gläubiger nicht den Begriff der Ansässigkeit her, z. B. in Bezug auf Cautionen im Proceß, s. Fr. 15. §. 2. *Qui satisdare cogantur.* Derselbe verbleibt also dem Verpfänder.

2) Fr. 13. *de Usurpat.* — Pignori rem acceptam non capimus, quia pro alieno possidemus. — (PAUL. 19. *ad Ed.*) Fr. 1. §. 15. *de A. v. A. Possess.* — Per servum corporaliter pignori datum non adquirere nos possessionem Julianus ait; ad unam enim tantum caussam videri eum a possessore possideri, ad usucapionem etc. (PAUL. 54. *ad Ed.*) Fr. 16. *de Usurpat.* — Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia, qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes caussas, qui accepit, possidet; adeo ut addici possit et possessio ejus, qui pignori dedit. (JAV. 4. *ex Plaut.*) coll. Fr. 33. §. 4. *eod.*

3) Fr. 56. pr. *de Furtis.* — Si pignore creditor utatur, furti tenetur. — §. 6. J. *de Oblig. qu. ex dol.* — Sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur, — furtum committit.

auch gebraucht werden können. Er haftet in diesem Fall auch für zufälligen Schaden. — Ist das Pfand fruchttragend, so ist der Gläubiger zum Fruchtziehen nicht blos berechtigt, sondern auch verbunden [1]), und zwar in der Art, daß er sie sich nicht als Gewinn anmaßen darf, sondern er muß sie verkaufen, und auf seine Foderung, zuerst die Zinsen, dann das Capital [2]), abrechnen, wobei ihm jedoch auch die vernachlässigten, welche er hätte ziehen können, angerechnet werden [3]). Er ist zu dem Ende auch befugt, dasselbe zu verpachten [4]).

In der Einräumung eines fruchttragenden Pfandes haben Mehrere [5]) auf den Grund des Fr. 8. *In quibus caussis pignus etc.* — Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere. (PAUL. 2. *Sent.*) einen stillschweigenden Gegennutzungsvertrag erkennen wollen, wonach die gesetzlichen Zinsen auch dann gefodert werden könnten, wenn keine versprochen worden sind. Allein jene Stelle läßt sich [6]) sehr wohl von Verzugszinsen erklären [7]), da ja das Pfandrecht den Gläubiger auch gegen Verzug sichern soll [8]). — Sind keine Zinsen versprochen, so geschieht natürlich die Abrechnung sogleich auf das Capital [9]); der Ueberschuß muß herausgegeben werden [10]), ob aber, wenn dies

---

1) C. 3. *de P. A.* — Creditor, qui praedium pignori nexum detinuit, fructus, quos percipit vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computare necesse habet, et si agrum deteriorem constituit, eo quoque nomine pigneraticia actione obligatur. (222.)

2) C. 2. *de Partu pignoris.*

3) C. 1. 2. 3. *de P. A.* C. 1. *de Distracti pign.* C. 2. *de Partu pignoris.*

4) Fr. 23. *de Pignoribus.* — Creditor praedia sibi obligata ex caussa pignoris locare recte poterit. (MOD. 3. *regul.*)

5) S. bes. *Cujac.* Observ. VII. 17. und Seuffert Erörter. II. Nr. 21.

6) S. Glück XIV. S. 55.

7) Besonders da Fr. 7. *de P. A.* (aus demselben Buche des Paulus) Si autem tardius superfluum restituat creditor, id quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est — nicht mit Unrecht mit obiger Stelle in Verbindung zu setzen ist.

8) C. 22. *de Usuris.* — Pignoribus quidem intervenientibus usurae, quae sine stipulatione peti non poterant, pacto retineri possunt.

9) C. 11. *eod.*

10) C. 1. *de P. A.*

verzögert worden, nach Analogie von der Kaufſumme davon Verzugszinſen zu entrichten ſeien, ſteht zu bezweifeln; entſchieden iſt darüber nichts. — Der Pfandbeſitzer zieht vom Pfande keinen andern Gewinn [1]), den der Eigenthümer haben würde, als z. B. den Mehrbetrag über die Schuld, welcher durch die Streitwürderung erworben worden iſt [2]), oder den doppelten und mehrfachen Erſatz bei Diebſtahlsklagen [3]), Condictionen, der Klage wegen Raubes, und der wegen Furcht, außer wenn dieſelben gegen den Verpfänder ſelbſt gerichtet ſind [4]). Nur waltet dann der Unterſchied ob, daß wider einen Dritten der Werth des Pfandes bei der Diebſtahlsklage in Betracht kommt, ſo daß dieſer verdoppelt und vervierfacht wird, gegen den Schuldner nur der Betrag der ganzen Schuld [5]). — Wenn der Pfandgläubiger eine ihm verpfändete fremde Sache verkauft hat, ohne zur Gewährsleiſtung verpflichtet zu ſein, ſo hat er den Vortheil, daß er den Preis auf ſeine Foderung abrechnet, und wenn er eine

---

1) Mit einziger Ausnahme des Schatzes, den er findet, und wovon er, als auf fremdem Boden gefunden, die Hälfte erhält, ſ. Fr. 63. §. 4. *de A. R. D.* Bei geſchehenem Zuſchlag des Eigenthums und der Reluition kommt es dabei auf die Zeit an, wann die verſchiedenen Thatſachen ſich zugetragen haben.

2) Fr. 21. §. ult. *de Pignorib.*

3) Fr. 22. pr. §. 1. *de P. A.* — Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum, quicquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur: et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit; multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione consecutus est. Sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori vel condictione, an debito sit imputandum, videamus. et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est, et traditum, et ita Papinianus ait et si metus caussa servum pigneratum debitori tradiderit, quem bona fide pignori acceperat; nam si egerit quod metus caussa factum est, et quadruplum sit consecutus, nihil neque restituet ex eo quod consecutus est, nec debito imputabit. (ULP. 30. *ad Ed.*) coll. Fr. 15. pr. *de Furtis.* §. 14. J. *de Oblig. quae ex del.*

4) Ein Beiſpiel ſ. Fr. 3. *de P. A.* Ob der Gläubiger auch das gewinne, was er durch die Condiction, welche (ſ. meine Schrift vom Beſitz a. a. O. S. 429.) hier incerti iſt, vom Schuldner erlangt, iſt ſehr ſtreitig ſchon ſeit der Gloſſe, vgl. *Cujac.* Recit. ad lib. 9. Qu. Papin. h. l. (Op. T. X. p. 246.) u. Glück XIV. S. 148 ff., allein die verneinende Meinung iſt darum vorzuziehen, weil in der That zweimal das Nemliche gefodert werden würde, wenn der Gläubiger die Schuldhauptklage behalten, m. a. W. das Empfangene, was doch nur im Intereſſe beſtehen kann, d. h. alſo in der Schuldfoderung und Zinſen, nicht auf ſie ſollte abrechnen müſſen.

5) Fr. 87. *de Furtis.*

solche durch die hypothekarische Klage, selbst wider den Eigenthümer, durch ungerechten richterlichen Spruch, oder wie es sonst sei, erlangt hat, so muß er sie nach Tilgung der Schuld dem Verpfänder zurückgeben [1]).

2) Der Pfandbesitzer haftet für jede Verschlechterung und Beschädigung des Pfandes bei ihm in der Art, daß er überhaupt jedes Versehen und jede Verletzung, sie möge eine positive oder negative Veranlassung haben, mit alleiniger Ausnahme des Zufalls und unabwendbarer Naturereignisse, nicht wenn dem schadenden Zufall Schuld zum Grunde lag [2]), zu vertreten hat. Die Quellen verlangen hiernach exacta

---

1) Fr. 12. §. 1. *de Distract. pignoris.*

2) C. 19. *de Pignoribus.* — Sicut vim majorem pignorum creditor praestare non necesse habet, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur. — §. ult. J. *Qu. mod. re c. obl.* — Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur, quia et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, si ad eam custodiendam exactam diligentiam adhibeat, quam si praestiterit, et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere. Diese Stelle ist nach Hasse Culpa S. 212. richtig davon zu verstehen, daß, wenn in ihr eine Meinungsverschiedenheit der römischen Rechtsgelehrten angedeutet sei, dieselbe nur darüber geherrscht haben könne, ob der Gläubiger im Fall des Verlustes durch einen Zufall seine Foderung verliere; das wird verneint, und auch an einem andern Orte bestimmt, es habe nur dann Statt, wenn es ausdrücklich ausgemacht worden sei. C. 6. *de P. A.* — Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint (in quibus etiam aggressura latronum est,) nullo b. f. judicio praestantur, ut ideo creditor pignora, quae hujusmodi casu interierint praestare non compellitur, nec a petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem. — Eine Hauptbeweisstelle ist noch Fr. 18. pr. *Commodati*, wo völlige Gleichstellung des Pignus mit dem Commodatum hierin gelehrt wird, und daß der Commodatar nur die casus, quibus resisti non potest, zu vergüten nicht gehalten sei. Hierzu s. noch §. 1. derselben: Sive autem pignus, sive commodata res, sive deposita deterior ab eo, qui acceperit, facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur (die Contractsklagen), verum etiam legis Aquiliae. Von dieser heißt es: Fr. 44. *ad Leg. Aquil.* — In lege Aquilia levissima culpa venit. — Das alte deutsche Recht (s. Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte §§. 361. 377.) stimmte hiermit vollkommen überein, nur daß es an den Verlust des Pfandes den der Foderung knüpfte, wenn nicht das Gegentheil ausgemacht war; der Grund davon war wahrscheinlich die früher mit dem Pfande verknüpfte Annahme eines wirklichen Wiederkaufs. — Vgl. Pfeiffer Auff. II. S. 89.

diligentia und custodia eines achtsamen Hausvaters [1]), und rechnen schon dem Gläubiger jede Segnitia als Schaden bringend an [2]). Dadurch ist man für die Lehre vom Pfandrecht jeder weitern Unterscheidung, nähern Bezeichnung und Erörterung einzelner Grade überhoben, und kann den ganzen Streit darüber [3]) als völlig fruchtlos auf sich beruhen lassen, indem jene negativ gestellte Regel überall ausreicht. Der Beispiele, welche die Quellen zur Erklärung dieser Regel, die natürlich alle Handlungen mehr oder minder großer Schuld und Vernachlässigung, positive wie negative, in sich begreift, enthalten, sind folgende: Verschlechterung verpfändeter Aecker [4]); Verlust der Dienstbarkeitsrechte selbiger durch Nichtgebrauch [5]); sonstiges Verlorengehen in der Art, daß dem Gläubiger dabei ein Vorwurf [6]) trifft; schlechte und rechtswidrige Behandlung des Pfandes selbst [7]); vorsätzliche Verschlechterung und Veränderung zum Nachtheil des Pfandes [8]); dadurch, daß sich das Pfand im Besitz des Gläubigers befindet, gelegentlich [9]) entstandener Schaden macht

---

1) Fr. 13. §. 1. *de P. A.* — Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato (über Aenderung der Interpunction s. Hasse Culpa, S. 211. a.) venit et custodia, vis major non venit. (ULP. 38. *ad Ed.*) Fr. 14. *eod.* — Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. (PAUL. 29. *ad Ed.*)

2) C. 8. *de P. A.*

3) S. Gesterding a. a. O. S. 220 ff. dazu Hepp's Recens. S. 509.

4) C. 3. *de P. A.* (s. S. 234.)

5) Fr. 15. *de P. A.* — Creditor quum pignus reddit, de dolo debet debitori repromittere; et si praedium fuit pigneratum, et de jure ejus repromittendum est, ne forte servitutes cessante uti creditore amissae sint. (ULP. 28. *ad Ed.*)

6) C. 5. *de P. A.* — Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdiderit, restituere id non cogitur. Etc.

7) Fr. 24. §. 3. *de P. A.* — In pigneraticio judicio venit, et si res pignori datas male tractavit creditor vel servos debilitavit. Plane si pro maleficiis suis coërcuit, vel vinxit — dicendum est, pigneraticia creditorem non teneri; quare si prostituit ancillam, vel aliud improbatum facere coëgit, illico pignus ancillae solvitur. (ULP. 30. *ad Ed.*)

8) C. 7. *de P. A.*

9) Fr. 43. *de P. A.* — Locum purum pignori creditori obligavit, eique instrumentum emtionis tradidit, et quum eum locum inaedificare vellet, mota sibi controversia a vicino de latitudine, quod alias probare non poterat, petiit a creditore, ut instrumentum a se traditum auctoritatis exhiberet; quo non exhibente minorem locum aedificavit atque ita damnum passus est; quaesitum est, an, si cre-

ihn nur dann verantwortlich, wenn er von dieser Gelegenheit einen absichtlichen Gebrauch gemacht hat, der nicht aus dem Kreis seiner Befugnisse erklärt und gerechtfertigt wird [1]).

3) Die Zurückgabe des Pfandes, welches der Gläubiger besitzt, muß erfolgen, sobald der Grund zum Besitz wegfällt, also, wenn die Hauptfoderung erloschen, oder auch eine solche gar nicht entstanden ist (s. S. **37**.) [2]). Die Tilgung derselben muß in ihrem ganzen Umfange geschehen, also soweit das Pfand haftet; geht sie vom Schuldner aus, so kann nur eine Handlung, welche die Hauptfoderung durch Solution aufhebt, und keine andere, das Pfand befreien (vgl. §. **69**. zu Anf.), weil nur diese wider den Gläubiger dann das Recht der Rückfoderung begründet [3]), doch kann

---

ditor pecuniam petat, vel pignus vindicet, doli exceptione posita judex hujus damni rationem habere debeat? Respondit, si operam non dedisset, ut instrumenti facultate subducta debitor caperetur, posse debitorem pecunia soluta pigneraticia agere; opera autem in eo data, tunc et ante pecuniam solutam in id, quod interest, cum creditore agi. §. 1. Titius quum pecuniam mutuam accepit a Cajo Sejo sub pignore culleorum, istos culleos, quum Sejus in horreo haberet, missus ex officio annonae centurio culleos ad annonam sustulit, ac postea instantia Caji Seji creditoris recuperati sunt; quaero, intertrituram, quae ex operis facta est, utrum Titius debitor, an Sejus creditor agnoscere debeat? Respondit, secundum ea quae proponerentur, ob id, quod eo nomine intertrimenti accidisset, non teneri. (SCAEV. 5. *Dig.*) Vgl. zu dieser Stelle die Uebersetzung im deutschen C. J.

1) Alles Haschen nach technischen Ausdrücken, um Abstufungen der Culpa herauszubringen, sogar je nachdem die Absicht des Pfandcontracts nur des Einen oder beider Contrahenten Vortheil bezwecke, (s. Glück XIV. §. 861., wobei noch dazu gar nicht abzusehen ist, wie das letztere jemals nicht, sondern das erste allein Statt haben könne, s. §. 4. J. l. l. *quia* pignus utriusque gratia datur etc.; auf Fr. 18. pr. *Commodati* muß man sich freilich dazu nicht berufen wollen, denn ein Commodat kann auch Eines Contrahenten wegen eingegangen werden und wird sogar in der Regel geschehen!) ist völlig vergebens, denn Ulpian sagt sogar Fr. 14. §. 16. *de Furtis*: Puto omnibus, *quorum periculo res alienae sunt*, veluti commodatae, item locatae, pignorisve nomine acceptae etc., während doch der Begriff: periculo alicujus esse, so allgemein gestellt, sonst auch den Zufall umfaßt, der in allen drei Geschäften bestimmt ausgeschlossen ist. Glück's Darstellung über die Culpa beim pignus ist daher verfehlt. — Damit ist auch der ganze ehemalige Streit, ob culpa levis oder levissima zu vertreten sei, gehoben. Bucher R. der Foderungen §. 102. (1.)

2) Fr. 11. §. 2. *de P. A.* — coll. C. 1. *de Non num. pec.* C. 11. *de P. A.*

3) Fr. 10. *de P. A.* — Quodsi non solvere sed alia ratione satis-

sie für ihn auch von einem Dritten geschehen [1]); nur muß sie in gutem Gelde [2]) erfolgen (vgl. überhaupt §. 69.). Dagegen muß das Pfand in seinem ganzen Umfange und mit allem Zubehör, sowie den Früchten, soweit sie nicht durch Abrechnung auf die Foderung (s. vorher unter 1.) verzehrt sind, herausgegeben, und der Gläubiger auch nach Umständen zur Gewährleistung wegen Arglist bei der Herausgabe genöthigt werden [3]). Wider die Pflicht zur Herausgabe schützt ihn, sobald für den Eigenthümer das Recht dazu erwachsen ist, keine Einrede, auch nicht die der ordentlichen (erwerbenden) Verjährung [4]), ja selbst nicht die, daß das Pfand einem Dritten (s. S. 235 u. f. unter 1. a. E.), oder gar ihm, dem Pfandbesitzer, selbst gehöre [5]), weil hier nichts als das Pfandcontracts-Verhältniß zur Sprache kommt; freilich ist dabei vorauszusetzen, daß das letztere unbestritten feststeht, das Eigenthum des Gläubigers aber bestritten werde. Verheimlichung des Pfandes stellt sogar den Begriff der Dieberei her [6]).

Ein Zweifel über die Person, an welche das Pfand herauszugeben sei, kann dann entstehen, wenn der Verpfänder inzwischen das Eigenthum auf einen andern, dem Pfandrecht unbeschadet, übertragen, oder wenn der Hypothekgläubiger dem Besitzer das Pfand abgenommen, und dieser vorher oder nachher es ersessen hat, oder zu haben behauptet, und je nachdem der Verpfänder oder jener sich zur Zahlung erbietet. Dieselbe Frage kann über die Herausgabe des Ueberschusses nach geschehenem Verkauf des Pfandes ent-

---

facere, forte si expromissorem vult dare, nihil ei prodest. (GAI. 9. *ad Ed. prov.*) — Fr. 11. *eod.* — solutum non videtur si lis contestata cum debitore sit de ipso debito, vel si fidejussor conventus fuerit. (ULP. 28. *ad Ed.*)

1) Fr. 40. *de Solutionibus.*

2) Fr. 24. §. 1. *de P. A.* — Qui reprobos numos solvit creditori, an habet pigneraticiam actionem, quasi soluta pecunia quaeritur. Et constat neque pigneraticia eum agere, neque liberari posse, quia reproba pecunia non liberat solventem, reprobis videlicet numis reddendis. (ULP. 30. *ad Ed.*)

3) Fr. 15. *de P. A.*

4) C. ult. *de P. A.* S. u. §. 62. 1. a. E.

5) Arg. C. 25. *de Locato.* — Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcunque rem accepit, possessionem prius restituere debet, et tunc de proprietate litigare.

6) Fr. 52. §. 7. *de Furtis.*

stehen. In den Gesetzen ist keine unmittelbare Entscheidung oder Berührung derselben vorhanden. Nach unserer Meinung ist hier zwischen Pfand und Hypothek zu unterscheiden[1]), obwohl sonst beide, nachdem letztere den Besitz gewährt hat, in den rechtlichen Folgen einander gleichstehen. Das durch die Uebergabe von Seiten des Verpfänders vollzogene Pfandcontracts-Verhältniß verpflichtet nemlich offenbar den Gläubiger zur Rückgabe an Diesen, denn die Verpflichtung zu ihr entspringt nur aus jenem, und es wird dabei von den Eigenthumsfragen ganz abgesehen (S. 96.), zumal der Andere die Gültigkeit des Pfandrechts anerkennt. Liegt übrigens das gegenwärtige Eigenthumsrecht, oder der Erwerbungstitel des letztern, (z. B. als Käufers,) außer Zweifel, so kann freilich die Herausgabe des Pfandes an ihn keinem Bedenken unterliegen, weil wider die Pfandhauptklage die Einrede der Arglist begründet wäre; allein ein rechtlicher Zwang gegen den Gläubiger dazu, so lange ihn der Verpfänder als Contrahent seiner Verpflichtung zur Rückgabe nicht entlassen hat, kann doch so wenig angenommen werden, als eine Nöthigung zur Annahme der Zahlung vom neuen Eigenthümer. — Ist aber eine Hypothek dem Besitzer im eigenen Namen abgefodert worden, welcher nicht der Verpfänder ist, so spricht Alles dafür, daß sie nach geschehener Auslösung Dem von beiden herausgegeben werden müsse und dürfe, welcher letztere bewirkt hat. Dem Verpfänder nemlich darum, weil der Gläubiger, sobald die pfandcontractlichen Folgen durch die Besitzergreifung eingetreten sind, dem gemäß handeln darf, was ihm danach obliegen würde, d. h. da er die von seinem Schuldner oder Verpfänder gebotene Zahlung anzunehmen sich nicht weigern kann, er ihm auch das Pfand nicht vorenthalten und keine Erörterung darüber verlangen darf, wer Eigenthümer sei, mithin, wenn er ohne weitere Rücksicht darauf die Hypothek dem Verpfän-

1) Das übersehen Westphal a. a. O. §. 246. und Gesterding S. 403. Letzterer holt sich die Beantwortung obiger Frage gar aus den heutigen Urtelsformeln in Hommel's deutschem Flavius, s. v. Hypothek.

der zurückgiebt, gegen den Besitzer im eigenen Namen sich dadurch in nichts verantwortlich macht. Denn darin, daß er gerade ihm dieselbe abgefodert hat, macht er nur von seiner unbeschränkten in rem actio Gebrauch. Allein er wird auch dem Verpfänder nicht verantwortlich, wenn er dem Besitzer im eigenen Namen, dem er sie abgefodert, die Hypothek zurückgegeben und von ihm Zahlung angenommen hat. Denn einmal konnte ihn dieser vorher schon durch Angebot der Zahlung abwehren, und dann bleibt ja die Lage des Verpfänders nach der Rückgabe an jenen ganz dieselbe, welche sie vorher war. Eine Pfandgegenklage des Verpfänders wird in diesem Fall nicht Statt finden, weil der Verpfänder den Gläubiger nicht zur nochmaligen Annahme der Zahlung nöthigen kann, die ihm geschehene aber nicht als für sich geschehen anerkennt. — Es bliebe sonach noch der Fall übrig, wenn der Verpfänder und der dritte Besitzer, welcher das Pfandrecht anerkennt, beide gleichzeitig die Zahlung anbieten und das Pfand zurückfodern, also mit einander über dessen Eigenthum im Streit sind. Alsdann läßt sich zwar nicht bezweifeln, daß der Gläubiger sich durch gerichtliche Hinterlegung aus der Verantwortlichkeit ziehen könne, gleichviel von wem er Zahlung annehme; allein wenn er es vorzieht, dem Verpfänder das Pfand zurückzugeben, und von ihm die Zahlung zu nehmen, so kann er wenigstens dadurch dem Besitzer im eigenen Namen auch nicht verantwortlich werden. (Die Herausgabe des Ueberschusses vom gelösten Kaufpreise richtet sich ganz nach denselben Grundsätzen, wie die der verpfändeten Sache.)

Hat der Pfandbesitzer das Pfand nach Pfandrecht verkauft, und mehr dafür erhalten, als seine Foderung beträgt, so muß er den Ueberrest [1]) dem Schuldner, oder wenn er

---

1) Fr. 42. *de P. A.* — Creditor judicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, jure cogitur, nec audiendus erit, si velit emtorem delegare, cum in venditione, quae fit, ex facto suum creditor negotium gerat. (PAP. 3. *resp.*) Dazu s. Glück, XIV. S. 129 f. XIX. S. 395. u. die folgende Seite Anm. 4.

will [1]), dem nachstehenden Pfandgläubiger herausgeben; hat der Gläubiger diesen zum Ankauf einer Sache willkührlich verwendet, so steht dem Pfandbesteller keineswegs etwa eine dingliche Klage, sondern nichtsdestoweniger nur die persönliche Contractsklage zu [2]). Dagegen muß er, außer wenn der Begriff des Depositum Statt findet, und nicht dessen Herausgabe auch verzögert wird, bei verzögerter Herausgabe des Ueberschusses, oder davon gemachtem Gebrauche Verzugszinsen zahlen [3]). Wenn er aber die Zahlung vom Käufer noch nicht erhoben hat, so kann er sich, vom Pfandbesteller zur Herausgabe aufgefodert, mit Abtretung der Klagen bis auf den Belauf des Ueberschusses zwar helfen, allein er bleibt dennoch aus dem Verkauf, als einer eigenen Handlung, dem Verpfänder verantwortlich, wenn derselbe mit der abgetretenen Klage den Ueberschuß nicht erlangt [4]).

---

1) S. Fr. 12. §. 5. *Qui potiores*, der nachstehende Gläubiger muß nemlich selbst Sorge für sein Interesse tragen.

2) C. ult. *de Distract. pign.* — Secundum placiti fidem, si nihil specialiter convenit pignoribus a creditore majore quam ei debebatur, pretio distractis, licet ex eo fundus comparatus sit, non super hoc in rem, sed in personam, i. e. pigneraticia de superfluo competit actio.

3) Fr. 6. §. 1. *de P. A.* — Si creditor pluris fundum pigneratum vendiderit, si id foeneret, usuram ejus pecuniae praestare debet ei, qui dederit pignus. Sed etsi ipse usus sit ea pecunia, usuram praestari oportet; quodsi eam depositam habuerit, usuras non debet. (POM. 35. *ad Sab.*) Fr. 7. *eod.* Dies handelt von der Verzögerung der Herausgabe des deponirten Ueberschusses.

4) Fr. 24. §. 2. *de P. A.* — Si vendiderit quidem creditor pignus pluris, quam debitum erat, nondum autem pretium ab emtore exegerit, an pigneraticio judicio conveniri possit ad superfluum reddendum, an vero vel exspectare debeat, quoad emtor solvat, vel suscipere actiones adversus emtorem? et arbitor non esse urgendum ad solutionem creditorem, sed aut exspectare debere debitorem, aut si non exspectat, mandandas ei actiones adversus emtorem periculo tamen venditoris. (ULP. 30. *ad Ed.*) Fr. 42. *eod.* (S. 241.) Hiermit zusammengehalten hat den Auslegern zu schaffen gemacht: *Joannes Altamiranus* in *Meermanni* Thes. T. II. p. 399. nimmt in letzterer Stelle wegen der usurae *morae* eine Nachlässigkeit des Gläubigers an, statuirt also eine Ausnahme; ihm folgt auch Hepp Recension S. 508., aber ohne ihn zu nennen. Wir folgen mit *Cujac* ad h. l. in Opp. T. IV. p. 932. der vierten Erklärung des Accursius, wonach man den Unterschied zwischen Mandare und Delegare festhalten muß; letzteres begreift eine Novation, und die darf der Gläubiger dem Verpfänder nicht aufnöthigen. Man könnte vielleicht auch beide Stellen so vereinigen: der Verpfänder könne zwar die Abtretung der Klage verlan-

Die Besitzergreifung des Pfandes gewährt dem Gläubiger noch einige besondere Rechte, welche theils nothwendige Begleitung des dadurch entstehenden Rechtsverhältnisses sind, theils unabhängig und blos gelegentlich eintreten.

1. Der Pfandbesitzer [1]) kann auch wegen solcher Foderungen an den Verpfänder [2]), wofür das Pfandrecht nicht bestellt worden ist, ein Innebehaltungsrecht ausüben [3]), und zwar wegen der Compensation auch an der Hyperocha [4]), es mögen die Foderungen übrigens von einer Art sein, von welcher da wolle [5]). Ausgenommen sind solche, für die ein Pfandrecht an einer andern Sache bereits bestellt worden ist, weil hier der Einrede der Arglist, mittelst der das Innebehaltungsrecht ausgeübt wird, die Replik mit Erfolg entgegensteht, daß für diese Foderung ein besonderes Pfandrecht bestellt sei. Mit Recht wird jedoch angenommen werden müssen, daß das andere Pfand für die andere Foderung diese auch decke; denn es entstände sonst die Ungereimtheit, daß man mit der Foderung, wofür man gar kein Pfandrecht bestellt erhalten, besser daran wäre, als mit der, wofür man ein solches, aber ungenügendes, erhalten hat. Der etwa-

---

gen, brauche sich aber wider Willen nicht damit zu begnügen.

1) Es ist streitig, ob jeder Gläubiger dieses Recht habe, oder nur der, welcher einen Pfandcontract für sich hat; letzteres will *Mühlenbruch* Doctrina Pand. §. 320. (5.), weil die Constitution (s. Anm. 3.), welche es begründet, nicht ausdehnend zu erklären sei. Allein die entscheidenden Worte si in possessione fueris constitutus nöthigen sogar zu einer solchen Erklärung, daß jeder Pfandgläubiger, der in den Besitz gekommen, mag übrigens, wie da wolle, das Recht ausüben können; vergl. Fritz zu Wening S. 491. — Gesterding S. 164. hat noch einige andere Bedenken, er spricht sich aber auf eine Weise aus, die seine eigentliche Ansicht, als ihm selbst unklar, beweist.

2) Also nicht wegen einer chirographischen Schuld des Schuldners, wenn ein Dritter das Pfand für ihn bestellt hat, wohl aber gegen diesen wegen einer solchen Schuld; s. Fritz a. a. O.

3) C. un. *Etiam ob chirograph.* — si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur, vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Jure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cujus nomine ea pignora obligaverant, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt.

4) Fritz a. a. O. S. 494.

5) Was früher auch bezweifelt wurde; man wollte nur Darlehne als verstanden wissen. Fritz S. 492.

nige Einwand, daß sich der Gläubiger doch mit dem letztern wissentlich begnügt habe, ihn also nur die Folge seines Willens treffe, wäre darum ohne Bedeutung, weil er Den, dem für eine Foderung gar kein Pfandrecht bestellt worden, auch träfe [1]). Aeußersten Falls stände es ja auch in des Gläubigers Willkühr, sich einseitig durch Erlaß des schlechtern Pfandrechts, wodurch seine Foderung zur einfachen chirographarischen würde, den Vortheil des Innebehaltungsrechts zu sichern. — Dieses Innebehaltungsrecht heißt zum Unterschiede von dem gewöhnlichen, ein qualificirtes [2]). Dasselbe kann aber als rein obligationen-rechtlich nur gegen den Schuldner und dessen Nachfolger ausgeübt werden, nicht gegen dritte Pfandgläubiger [3]); doch ist es einerlei, ob der Gläubiger die Pfandschuld bereits angenommen hat, oder noch nicht; und deren Ablehnung ist keineswegs Erfoderniß [4]). — Eine sehr bestrittene Frage ist es, ob dieses Innebehaltungsrecht auch im Concurs seine Wirkungen äußere [5])? Im römischen Concurse konnte sie freilich nicht entstehen, weil die

---

1) *Donell.* l. l. p. 472. will zwar behaupten, daß, wenn mehrere Forderungen zu gleicher Zeit entstanden, und nur für eine ein Pfand bestellt worden, das Innebehaltungsrecht dafür wegfalle, allein ohne allen hinreichenden Grund. Namentlich ist Fr. 11. §. 3. *de P. A.* mißverstanden, wenn es als Beweisstelle angeführt wird, denn das ist ja viel älter als C. un. *d.* und mithin durch die letztere gegenwärtig zu ergänzen.

2) Bucher a. a. O. §. 102.

3) Fortsetzung der vorher angef. C. un. — Quod in secundo creditore locum non habet; nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre. Mühlenbruch Cession S. 554. (n. Ausg. S. 575.) behauptet: „es werde dieses Innebehaltungsrecht in den letzten Worten der Gordianschen Constitution dem durch das jus offerendi in eines frühern Gläubigers Stelle getretenen spätern Gläubiger ausdrücklich abgesprochen." Allein jene Worte sagen keinen Falls mehr, als daß er dem frühern, abzufindenden Gläubiger zur Erlangung des Pfandes nicht auch die chirographarischen Foderungen desselben an den beiderseitigen Schuldner anzubieten nöthig habe. Dagegen ist es eine ganz andere Frage, ob der Offerens nunmehr nicht wegen eigener etwaniger chirographarischen Foderungen das Innebehaltungsrecht ausüben dürfe? welche ohne alles Bedenken zu bejahen ist. Denn was spräche denn für deren Verneinung? Bei den Worten: quod in secundo creditore locum non habet, ist nemlich doch zu erfüllen: diese Verpflichtung des Schuldners, und sie bedeuten nicht: dem offerirenden Gläubiger steht dieses Recht nicht zu.

4) Fritz S. 493.

5) Glück XV. S. 132 ff. Spangenberg Zeitschrift für Civilrecht u. s. w. Bd. V. S. 196.

Pfandgläubiger an dem Verfahren dort gar keinen Theil nahmen, sondern jeder sein Recht für sich verfolgte, bis er bezahlt war, und seine nicht mit Pfandrecht versehenen Foderungen mitbefriedigen konnte. Es wäre also nur ein Streit zwischen andern Pfandgläubigern und dem dieses [1]) Innebehaltungsrecht Ausübenden denkbar, welcher für erstere zu entscheiden ist [2]). Für den heutigen Concurs sind über die Ablieferung des Faustpfandes überhaupt drei Meinungen vorhanden, aus denen, wenn sie es auch nicht direct sagen, auf jenes Innebehaltungsrecht ein Schluß zu machen ist. Nach der einen [3]) fiele die Innebehaltung des Faustpfandes jetzt ganz weg, und der Gläubiger hätte seine Befriedigung lediglich nach der Priorität zu erwarten. Sie stützt sich auf die allgemeine attractive Eigenschaft des deutschen Concurses und die dadurch entstehende Gemeinschaft unter den Gläubigern. Andere [4]) bleiben bei den Erscheinungen, welche der römische Prozeß hier darbietet, und setzen nur hinzu, daß die bevorzugten und vortretenden Mitgläubiger ein Recht zur Entwährung des innebehaltenen Pfandstücks hätten. Sie gehen dabei davon aus, daß die Concursmasse nicht mehr Rechte haben könne, als der Gläubiger, und den Masse-Curator der Prioritätsstreit nichts angehe. Dritte endlich [5]) sprechen dem Faustpfandgläubiger das Innebehaltungsrecht unbedingt zu, selbst gegen ihm vorgehende Pfandgläubiger. Sie berufen sich theils auf eine entstehende Rechtsanhängigkeit, wodurch der Besitzstand für die Faustpfandgläubiger gesichert werde, theils auf Billigkeits- und politische Gründe, theils endlich darauf, der Faustpfandcontract sei deutscher Natur. — Von diesen drei Meinungen ist die zweite die richtige [6]); der ersten und dritten fehlt es an allem Grunde. Dem letzten Beweisgrunde der dritten, welcher allein einige Aufmerksam-

1) Vgl. S. 27. u. §. 59. E.

2) C. un. *d.* in f.

3) Von den namhaften Neueren huldigen ihr Glück, Dabelow Concurs S. 682., Gmelin, Gönner u. Claproth; s. bei Spangenberg a. a. O. S. 196. (1.)

4) Darunter Walch, Thibaut und Schweppe.

5) Besonders die Aelteren, von den Neueren Gans, Zeitschrift für Civil- und Criminalrechtspflege, I. Heft IV. Nr. 28.

6) S. Pfeiffer practische Ausführ. Bd. II. S. 168.

keit verdienen würde, trifft die Gegenbemerkung, daß das römische Recht für den Faustpfandcontract jetzt unbezweifelt volle Gültigkeit hat, und das deutsche Recht, welches ihm hierin gar nicht widerspricht, in dasselbe verschmolzen ist [1]); dagegen aber das qualificirte Innebehaltungsrecht und die darauf bezüglichen Fragen rein römischer Natur sind. Auch steht dem die deutsch-rechtliche Natur des Concurses nicht im mindesten entgegen [2]). Denn der Concurs kann an sich die Rechte der Gläubiger nicht mindern, und die Unzulänglichkeit der Vermögensmasse kann nur in Betreff der Ausübung collidirender gleicher Rechte eine Beschränkung herbeiführen. Das Gläubigercorps kann, da es den Schuldner darstellt, nicht mehr Vermögensrechte haben, als dieser hatte, mithin auch nicht wegen der Faustpfänder. Die öffentliche Ladung der Gläubiger kann dem Faustpfandgläubiger sein Recht zum Besitz nicht nehmen, sie nöthigt ihn nur zur Anmeldung seiner Foderungen. Er übt ja dieses Recht gegen die Masse, die nur das Recht der Wiedereinlösung hat. Ganz verschieden hiervon ist die Frage, inwiefern die obgedachte Beschränkung eintrete; sie hat gar keinen Einfluß auf das Concursverfahren, und interessirt nur einzelne Gläubiger. Wenden wir diese Grundsätze auf das qualificirte Innebehaltungsrecht an, (wobei es, wiederholt gesagt, gleichgültig ist, ob die Pfandfoderung schon abgetragen ist, oder nicht,) so ergiebt sich, als Folge, daß der Besitzer nur von den Pfandgläubigern auf Ablieferung des Pfandes mit Erfolg belangt werden kann [3]); der Masse, durch den Curator klagend, stände stets die Einrede der Arglist entgegen; es verhält sich also dem Pfandrechte analog. In denjenigen deutschen Ländern, wo die Partikulargesetzgebung die Ablieferung des Faustpfandes an die Concursmasse überhaupt vorgeschrieben, also die erste der vorher gedachten drei Meinungen bestätigt hat, kann jedoch dies nur einen formellen und keinen wesentlichen Einfluß auf das qualificirte Innebehaltungsrecht haben, sondern

1) Spangenberg S. 199.

2) Ders. S. 200 ff.

3) Respective wenn sie seine noch nicht getilgte Pfandfoderung ihm offeriren.

hier muß sich die Sache nun so gestalten, daß, gleichwie der Pfandgläubiger aus dem Erlöse seines Faustpfandes (indem pretium in locum rei succedit,) vor andern ihm nicht im Pfand- oder sonstigem Vorzugsrechte vorgehenden Gläubigern Befriedigung erhält, er aus demselben vor allen andern s. g. chirographarischen Gläubigern, denen er sonst gleichstehen würde, aber nach allen Pfandgläubigern dieselbe empfängt.

2. Der Pfandbesitzer hat ferner Anspruch auf Ersatz aller von ihm getragenen Abgaben vom Pfande an den Staat oder an Communen [1]) — welche auch zur Pfandschuld gerechnet werden, — sowie aller gehabten nothwendigen Kosten, welche auf Erhaltung des Pfandes verwendet worden sind, und es steht ihm dazu nicht blos ein Innebehaltungsrecht, sondern auch die Pfandgegenklage zu [2]). Die letztere ist wegen der persönlichen Verpflichtung erfoderlich, wenn das Pfand untergegangen sein sollte, wodurch jene Anfoderung nicht auch verloren wird. Es werden hierher jedoch nicht ganz streng nur die zur Erhaltung des Pfandes in dem Zustande, worin es übergeben worden, also die, welche der Besitzer aufwenden mußte, um sich nicht verantwortlich zu machen [3]), weil er das Pfand als achtsamer Hausvater behandeln soll, gerechnet, sondern auch der Aufwand auf Verbesserungen (utiles expensae), von dem mit Wahrscheinlichkeit vorauszusetzen war, daß der Eigenthümer ihn habe machen wollen; in dieser Beziehung ist überhaupt dem richterlichen Ermessen ein freierer Raum gelassen, und eine allgemeine Richtschnur dahin gesetzlich angedeutet, daß er die Mittelstraße halten und so wenig unbilligen und übertriebenen Foderungen des Gläubigers als eigensinnigem Weigern des

---

1) Das ist aus C. 6. *de Pignoribus* zu schliessen.

2) Fr. 8. pr. *de P. A.* — Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris caussa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneraticiam actionem habebo. (POMP. 35. *ad Sab.*) C. 7. *de P. A.* i. f. — Creditor autem necessarios sumtus, quos circa res pigneraticias fecit, exigere non prohibetur. (241.) Ausdrücklicher Vertrag wegen des Ersatzes muß natürlich die Klage in factum gewähren, s. Fr. 52. §. 2. *de Pactis*, und zwar auch dem Hypothekgläubiger.

3) S. Gesterding S. 204.

Schuldners Gehör geben soll [1]). Dagegen wird das Pfandrecht auf die zu ersetzenden nützlichen Kosten im Allgemeinen nur dann bezogen, wenn sie mit Einwilligung des Verpfänders gemacht sind; außerdem findet in Betreff ihrer nur die persönliche Contractsklage, doch aber mit einem Innebehaltungsrecht versehen, Statt [2]). Hat der Verpfänder den Kostenaufwand verboten, so fällt natürlich auch diese weg. — Kosten, die zum Vergnügen und Luxus aufgewendet worden sind, können niemals zurückgefodert, sondern das, worauf sie verwendet worden, nur, wenn es ohne Schaden der Hauptsache angeht, weggenommen werden [3]).

Wegen vollständiger Wiederherstellung eines ruinirten Pfandes entsteht für die Kosten nicht einmal ein Innebehaltungsrecht [4]). Dieses kommt nur dem Besitzer im guten Glauben zu Statten (s. §. 59. E.).

B. Die contractsmäßigen Verpflichtungen des Verpfänders (s. S. 205 206.) gehen im Allgemeinen dahin, dem Gläubiger dafür einzugestehen, daß das Pfand diejenigen Eigenschaften habe und behalte, welche der Gläubiger contractsgemäß zu erwarten berechtigt ist, und dem Gläubi-

---

1) Fr. 25. *de P. A.* — Si servos pigneratos artificiis instruxit creditor si quidem jam imbutos, vel voluntate debitoris, erit actio contraria; si vero nihil horum intercessit, si quidem artificiis necessariis, erit actio contraria, non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumtuum debitor. Sicut enim negligere creditorem dolus et culpa, quam praestat, non patitur, ita nec talem efficere rem pigneratam, ut gravis sit debitori ad recuperandum — puta saltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres —; alioquin non est aequum, aut quaerere me alios creditores, aut cogi distrahere, quod velim receptum, aut tibi penuria coactum derelinquere. Medii igitur haec a judice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor neque onerosus creditor audiatur. (ULP. 31. *ad Ed.*)

2) S. Glück XIV. S. 67.

3) Nach Fr. 40. *Mandati*, C. ult. *de Negot. gestis*.

4) Das ist per argum. e contrario zu folgern aus: Fr. 29. §. 2. *de Pignoribus*. — Domus pignori data exusta est, eamque aream emit Lucius Titius et exstruxit; quaesitum est de jure pignoris; Paulus respondit, pignoris persecutionem perseverare, et ideo jus soli superficiem secutam videri, i. e. cum jure pignoris; sed b. f. possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumtus in exstructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent. (PAUL. 5. *resp.*)

ger diejenigen Verpflichtungen abzunehmen und dasjenige gut zu thun, was er in Bezug auf das Pfand an solchen übernehmen oder aufwenden müssen, oder ohne seine Schuld eingebüßt hat. Von den Kosten ist schon vorher unter den besondern Rechten des Pfandbesitzers die Rede gewesen; hier kommt noch Folgendes in Betracht.

1. Die Verpflichtung, dem Gläubiger das Pfand ursprünglich zu übergeben, gehört dem Begriffe des Pfandcontracts zufolge nicht hierher, indem er erst mit der Uebergabe den Anfang nimmt, diese also bei ihm als schon geschehen vorausgesetzt wird. Ist dem Versprechen, ein Pfand zu übergeben, die Uebergabe nicht gefolgt, so kann nach heutigem Rechte auf dieselbe [1]) aus dem Vertrage (pactum de pignore dando) geklagt werden [2]). Dagegen wird dem Pfandgläubiger einseitige heimliche Bemächtigung des Pfandes nicht als Dieberei ausgelegt [3]). Allerdings aber ist die Zurückgabe des dem Verpfänder zu irgend einem Behufe, z. B. mieth- oder bittweise wiedergegebenen, oder auch gleich gelassenen Pfandes, dessen Uebergabe dann als bildlich geschehen angenommen wird, contractsgemäß, sobald die vertragsmäßige Veranlassung [4]) dazu eingetreten ist. Entwendung des Pfandes durch den Verpfänder stellt den Begriff des Furtum possessionis her [5]). Die Anwendung der römischen Strafbestimmungen ist in Deutschland mehrfach anerkannt, und nicht in Abrede zu stellen [6]).

2. Wenn das Pfand dem Pfandsteller nicht gehört, einem andern Gläubiger, ohne daß dies beim zweiten bevorwortet wird, bereits verpfändet, mit, dem Gläubiger unbekann-

---

1) Es muß freilich die Uebergabe contractsgemäß möglich sein, sonst ist nur auf das Interesse zu klagen; s. nachher unter 2.

2) S. *Mühlenbruch* Doctrina Pand. §. 390. (3.) §. 342. ad not. 7.

3) Fr. 55. *de Furtis.* — Quum creditor rem sibi pigneratam aufert, non videtur contrectare, sed pignori suo incumbere. (ULP. 3. *Disput.*)

4) Fr. 22. §. 3. *de P. A.* — Si post distractum pignus debitor, qui precario rogavit vel conduxit pignus, possessionem non restituat, contrario judicio tenetur. (ULP. 30. *ad Ed.*) Vgl. Fr. 6. §. ult. *de Precario*; s. o. S. 232.

5) §. 10. J. *de Oblig. quae ex del.* Fr. 4. §. 21. *de Usurp. et Usucap.* Fr. 20. pr. *de Furtis.*

6) Heffter Criminalrecht §. 509.

ten, Mängeln behaftet, oder betrügerisch mit einem andern vertauscht [1]), oder sonst in Bezug darauf gehandelt [2]) worden ist, so haftet der Verpfänder aus dem Contract [3]), ungeachtet er zahlungsfähig sein mögte. Wissentliches und absichtliches betrügliches Handeln hierbei begründet den Begriff des Stellionats, nach Umständen auch nur die Klage wegen Arglist, aber auch, namentlich durch Unterschiebung eines andern für ein schon gegebenes Pfand, die Diebstahlsklage. Alle diese Klagen stehen, wenn sie und wie sie zusammentreffen, dem Gläubiger zur Auswahl zu. (Vgl. unten §. 59. zu Anf. u. §. 61.) Den Bürgen trifft keine dieser Klagen [4]). Gegen den Verpfänder fallen sie wegen Verpfändung einer schon einem Andern verpfändeten Sache dann weg, wenn gegen den Werth des Pfandes die Summe beider Foderungen in keinen Betracht kommt, mithin irgend eine Verkürzung

---

1) S. jedoch S. 230. (3.)

2) Fr. 3. *de P. A.*

3) Fr. 1. §. 2. *de P. A.* — Si quis tamen cum aes pignori daret, adfirmavit, hoc aurum esse, et ita pignori dederit, videndum erit, an aes pignori obligaverit, et numquid, quia in corpus consensum est, pignori esse videatur? Quod magis est, tenebitur tamen pigneraticia contraria actione qui dedit, praeter stellionatum quem fecit. (ULP. 40. *ad Sabin.*) Fr. 9. pr. *de P. A.* — Si rem alienam mihi debitor pignori dedit, aut malitiose in pignore versatus sit, dicendum est, locum habere contrarium judicium. (ULP. 28. *ad Ed.*) Fr. 16. §. 1. *eod.* Fr. 32. *eod.* — Cum debitore, qui alienam rem pignori dedit, potest creditor contraria pigneraticia agere, etsi solvendo debitor sit. (MARC. *l. s. regul.*) Fr. 36. *eod.* — Si quis in pignore pro auro aes subjecisset creditori, qualiter teneatur quaesitum est. In qua specie rectissime Sabinus scribit, si quidem dato auro aes subjecisset furti teneri; quodsi in dando aes subjecisset, turpiter fecisse, non furem esse. Sed et hic puto pignoraticium judicium locum habere et ita Pomponius scribit, sed et extra ordinem stellionatus nomine plectitur, ut est saepissime rescriptum. §. 1. Sed etsi quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque, vel si quis alii obligatam mihi obligavit, nec me de hoc certioravit eodem crimine plectetur. Plane si ea res ampla est, et ad modicum aeris fuerit pignerata, dici debebit cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pigneraticiam et de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit. (ULP. 11. *ad Ed.*) Vgl. Löhr im Archiv Bd. XIV. S. 168.

4) Fr. 54. *de Fidejussor.* — Si in pignore contrahendo deceptus sit creditor qui fidejussorem pro mutuo accepit, agit contraria pigneraticia actione; in quam actionem veniet, quod interest creditoris; sed ea actio fidejussorem onerare non poterit, non enim pro pignore, sed pro pecunia mutua fidem suam obligat. (PAUL. 3. *Qu.*)

des Gläubigers ganz unwahrscheinlich wird, so daß, wie sich die Quellen ausdrücken, er eigentlich in nichts hintergangen ist. Als eine besondere Bestimmung ist aber hier noch die zu bemerken, daß der Gläubiger, welcher übereinkunftswidrig ein nicht zureichendes Pfand erhalten hat, auf denjenigen Theil seiner Foderung, welcher als nicht gedeckt erscheint, sofort und ohne an Termine gebunden zu sein, die persönliche Klage erheben darf [1]).

Die Pfandgegenklage hat in diesen Fällen gleich der in factum bei bloßen Hypothekverträgen (s. o. S. 206.) das Interesse des Gläubigers zum Gegenstande, nicht die Bestellung eines andern Pfandes [2]), wie sich häufig irrig gelehrt findet, obwohl der Pfandsteller dadurch der erhobenen Klage ausweichen kann [3]). Das Interesse ist aber hier keineswegs geeignet, noch so zu verstehen, dem Gläubiger für die ihm entgangene Sicherheit, welche er im Pfande für seine Hauptfoderung hatte, einigen Ersatz zu leisten; um diese ist er durch ein solches Ereigniß gekommen, möge der Pfandsteller davon die Schuld tragen, und mit einer Criminalklage angegriffen werden können oder nicht; sondern das Interesse beschränkt sich lediglich: 1) auf den Ersatz der Kosten, welche auf die Erhaltung des Pfandes verwendet worden sind, wohin auch die aus mit Dritten geführten Prozessen erwachsenen gehören, und etwaniger sonstiger gehabter Einbuße [4]);

---

1) Fr. 28. *de Rebus creditis.* — Creditor, qui non idoneum pignus accepit, non amittat exactionem ejus debiti quantitatis, in quam pignus non sufficit. (GAI. 21. *ad Ed. prov.*)

2) Dieser Irrthum wird wohl aus der Glosse zu Fr. 54. *d.* entstanden sein, wozu noch Fr. 14. §. 2. *de Const. pecunia* beigetragen haben mag, obwohl auch dort das Stellen eines andern Bürgen nur als Vorschlag zu verstehen ist, aus der Klage zu kommen.

3) S. Fr. 54. *de Fidejussor*, Fr. 14. *de Pecunia constituta*, Fr. 9. pr. *Locati.*

4) Diese Fälle sind aus der Glosse zu Fr. 32. *de P. A.* Sie führt noch einige andere an, aber nur die obigen sind brauchbar. Denn das qualificirte Innebehaltungsrecht, welches sie auch dahin rechnet, gewährt ja vor andern Pfandgläubigern kein Vorrecht; sollte also das Interesse hier zu einem Zweck führen, so muß der Schuldner solvent sein, und dann genügt die persönliche Klage! — Es kann übrigens auch hier für das Interesse kein bestimmter Maaßstab und keine bestimmte Gränze im Allgemeinen angegeben, sondern es muß die Beurtheilung dem concreten Fall überlassen werden; darum der obige unbestimmte Begriff: gehabter Einbuße.

und 2) auf den Verlust der Möglichkeit, sich durch Innebehaltung des Pfandes für klaglose Foderungen an den Verpfänder (nicht also die qualificirte Innebehaltung überhaupt,) zu decken; es entsteht mithin ein Klagrecht wegen letzterer.

Noch wird zwar für den Fall der gänzlichen Entwährung eines Pfandes hin und wieder behauptet, daß die Praxis die sofortige Einziehung der auch noch nicht fälligen Hauptschuld gestatte, allein die Auctoritäten dafür sind zu unbedeutend [1]), als daß ihnen zu folgen räthlich wäre.

3. Der Verpfänder wird ferner verantwortlich, wenn der Werth des Pfandes durch seine Schuld [2]) verschlechtert [3]), oder dasselbe ganz vernichtet [4]) wird, so wie, wenn es dem besitzenden Gläubiger selbst Schaden zufügt. — Das erstere gilt auch von bloßen Hypotheken, z. B. betrügliche Verträge über geringere Begränzung eines verpfändeten Grundstücks mit dem Nachbar [5]). Beispiele erlaubter Verschlechterung mögten jetzt selten mehr vorkommen [6]). Im besondern ist jedoch zu bemerken, daß der Verpfänder ein verpfändetes Grundstück nicht durch Anlegung eines Begräbnisses freien

---

1) Gesterding a. a. O. S. 210. und der dort genannte Schilter. — Sie berufen sich nicht einmal auf eine etwanige Analogie von Fr. 28. *de Rebus creditis*, das sie freilich gar nicht kennen mögen, welches allenfalls der Praxis einigen theoretischen Halt geben würde, wenn sie sich sonst nachweisen ließe.

2) Nach dem allgemeinen Grundsatz in Fr. 5. §. 2. *Commodati*, daß bei Contracten, wo utriusque utilitas vertitur, wie beim Pfande, culpa und nicht blos dolus vertreten werden muß. — S. überhaupt Glück XIV. S. 339.

3) Ueber die sonst dem Verpfänder als Eigenthümer zuständige Befugniß der Einräumung von Dienstbarkeiten am Pfande, s. u. §. 58. 4.

4) Fr. 17. pr. *ad Leg. Aquil.*

5) Fr. 21. *Quae in fraud. cred.* — Debitor in fraudem creditoris cum vicino de finibus pignori dati fundi pactus est; quaesitum, an is, qui a creditore emit, de finibus agere possit. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, non idcirco minus agere posse, quod debitor ignorante creditore pactus esset. (SCAEV. 1. *resp.*)

6) Nach R. R. ist ein solches in Bezug auf Sklaven in Fr. 27. *de Pignoribus*. Von noch anwendbaren Beispielen ließe sich etwa denken, wenn der Verpfänder zwei neben einander gelegene Häuser hätte, wovon das erste an das des Cajus gränzend, diesem oder einem Andern verpfändet ist, und der Verpfänder bei einem im Hause des Cajus entstandenen Brande sein daran grenzendes Haus einreißen läßt, um das zweite, nichtverpfändete, zu retten.

darf [1]), ohne daß der Pfandgläubiger dazu eingewilligt hat, und in Betreff verpfändeter Rechte, daß der Verpfänder, sofern nicht seine Handlung ganz wirkungslos ist (s. S. 161 f.), ebenfalls durch solche, die dasselbe an Werth verringern, wie z. B. Veranlassungen zu Compensationen gegen verpfändete Foderungsrechte, verantwortlich werden kann. In allen diesen Fällen kann es sich jedoch auch nur um das Interesse handeln, und es kommt daher Alles das zur Anwendung, was von diesem vorher unter **2.** gesagt worden ist. Dagegen ist der Verpfänder unbehindert, solche Verhältnisse einzugehen und solche Handlungen zu verrichten, wodurch die Lage des Pfandgläubigers, gegen andere gehalten, schlechter wird, weil diese ihm, wenn es zur Befriedigung aus dem Pfande kommt, vorgehen werden; z. B. sich zu verheirathen, mit dem Fiscus Contracte zu schließen u. s. w. [2]).

Für die dem Gläubiger durch die Sache selbst zugefügten Beschädigungen sind mehrere Unterscheidungen in der Verpflichtung des Verpfänders zu machen. Hat nemlich **1)** der Gläubiger die schädliche Eigenschaft des Pfandes gekannt, so trifft ihn der Schaden, ohne daß er Ersatz zu fodern berechtigt wäre, auch wenn er nur unter Umständen erwartet werden konnte, die nicht eben wahrscheinlich waren, denn es entscheidet seine wissentliche Einwilligung. — **2)** Hat weder der Gläubiger noch der Verpfänder dieselbe gekannt, so kann sich der letztere, falls er außer Schuld ist, durch Ueberlassung der Sache an Schadens Statt helfen; hierher gehört besonders der durch ein Thier [3]) angerichtete Schaden, welcher ganz nach den gewöhnlichen Grundsätzen darüber beurtheilt wird. — Hat **3)** der Verpfänder die schädliche Eigenschaft allein gekannt, so haftet er für allen entstandenen Nachtheil, ohne sich auf die Auslieferung berufen zu dürfen [4]).

---

1) Fr. 2. §. 9. und Fr. 3. *de Religiosis.*

2) Dagegen spricht nicht C. 3. *de Remiss. pign.* — Si ignorante vel invito te debitor tuus qui universa bona sua ob pecuniam debitam tibi obligaverat, cum republica postea contraxit, jus tuum non laesit. (227.) Denn Respublica bedeutet nur eine Stadt.

3) Nach R. R. auch Sklaven, C. 26. *de Pignoribus.*

4) So nach Anleitung von Fr. 31. *de P. A.* — Si servus pignori da-

4. Der Verpfänder hat ferner dem Gläubiger alle Verpflichtungen gegen Dritte abzunehmen, welche dieser vermöge des Pfandbesitzes hat übernehmen müssen. Hierher gehört vor allem die zur Entwährung wegen verkaufter Pfänder. Von dieser handeln wir unten §. 55. unter C. Ferner die Stipulation des Doppelten [1]); bei dieser soll auf Sitte und Herkommen Rücksicht genommen und darauf geachtet werden, ob der Gläubiger mit gehöriger Umsicht und wie ein guter Wirth in eigener Sache gehandelt habe, oder ob er auch ohne ein solches Versprechen würde haben ebenso zweckmäßig verkaufen können [2]). Im letztern Fall kann er nicht mehr als die einfache Schuldsumme vom Verpfänder ersetzt verlangen, und mit Zinsen nur dann, wenn er solche dem Käufer versprochen haben sollte [3]). — Ein drittes Beispiel ist die

---

tus creditori furtum faciat, liberum est debitori, servum pro noxae deditione relinquere. Quodsi sciens furem pignori mihi dederit, etsi paratus fuerit, pro noxae dedito apud me relinquere, nihilominus habiturum me pigneraticiam actionem, ut indemnem me praestet. Eadem servanda esse Julianus ait, etiam cum depositus vel commodatus servus furtum faciat. (AFR. 8. *Quaest.*) — Fr. 61. §. 1. *de Furtis.* — His etiam illud consequens esse ait, ut, etsi is servus, quem mihi pignori dederis, furtum mihi fecerit, agendo contraria pigneraticia consequar, uti similiter aut damnum decidas, aut pro noxae deditione hominem relinquas. — §. 3. *eod.* Quodsi sciens quis ignoranti furem pignori dederit, omnimodo damnum praestare cogendus est; id enim bonae fidei convenire. Vgl. §. 5. *eod. in med.*

1) Fr. 22. §. 4. *de P. A.* — Si creditor quum venderet pignus duplam promisit, (nam usu hoc evenerat,) et conventus ob evictionem erat, et condemnatus, an haberet regressum pigneraticiae contrariae actionis? Et potest dici, esse regressum, si modo sine dolo et culpa sic vendidit, et ut paterfamilias diligens id gessit. Si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti vendidit quanti vendere potuit, etiamsi haec non promisit, regressum non habere. (ULP. 30. *ad Ed.*)

2) Thibaut a. a. O. S. 80. (jedoch mit dem Zusatz am Ende.)

3) Diese Frage entscheidet Fr. 23. *eod.* — Nec enim amplius a debitore, quam debiti summam consequi poterit. Sed si stipulatio usurarum fuerat, et post quinquennium forte, quam pretium ex re obligata consecutus, victus eam emtori restituit, etiam medii temporis usuras a debitore petere potest, quia nihil ei solutum esse, ut auferri non possit, palam factum est. Sed si simplum praestitit, doli exceptione repellendus erit ab usurarum petitione, quia habuit usum pecuniae pretii, quod ab emtore acceperat. (TRYPH. 8. *Disp.*) Diese Stelle hat viele Ausleger gefunden, s. Glück XIV. S. 140. und Thibaut a. a. O. Wird das Wort eam richtig verstanden, (s. deutsches Corpus Jur. Th. II. S. 127. (51.), so ist die Schwierigkeit überwunden; die beste Erklärung wird daher eine

Sicherheitsbestellung wegen drohenden Schadens, wenn das Pfand ein eingeräumtes Gebäude ist, und überhaupt alle die Verbindlichkeiten, welche dem Verpfänder als Eigenthümer aufgelegen haben würden.

Noch wird (unseres Wissens) von einem einzigen Rechtslehrer, der freilich sonst in der Regel eine große Zahl anderer aufwiegt, von Cujacius [1]), als eine besondere Verbindlichkeit des Pfandcontracts für den Pfandsteller die Rücknahme des Pfandes und Zurückzahlung der Schuldsumme gelehrt; allein das beruht auf einer Irrung und folgt nur aus der unrichtigen Auffassung des Fr. 29. *Familiae erciscundae.* Dies wird unter §. 49. b. gezeigt werden.

Ueber die rechtliche Natur der Eingangs gedachten Contractsklagen s. §. 62.

§. 28.

Von den Nebenverträgen zum Pfandcontract.

Mit dem Pfandcontract können Nebenverträge verbunden werden, welche ihm theils eigenthümlich sind, theils nicht. Einerlei ist es hierbei, ob ursprünglich ein Pfandcontract vorhanden, oder das gleiche Verhältniß dadurch entstanden ist, daß der Gläubiger die Hypothek in Besitz genommen hat. Es gehören hierher folgende:

I. Der Nebenvertrag des Verfalls (lex commissoria, im canonischen Rechte irrig pactum legis commissoriae genannt). Dieser auch auf andere Geschäfte anwendbare Vertrag [2]) ist beim Pfandcontract derjenige, wodurch aus-

---

richtige Uebersetzung sein: „Ist aber auch eine Stipulation auf die Zinsen [zwischen Gläubiger und Käufer] eingegangen worden, und hat er z. B. nach fünf Jahren von da an, wo er den Kaufpreis für die verpfändete Sache erhalten hat, [in dem Prozeß wegen Entwährungsentschädigung] unterliegend jenen an den Käufer zurückgezahlt, so kann er auch seinerseits Zinsen für die Zwischenzeit von seinem Schuldner verlangen, weil sich nun klar ergiebt, daß ihm nichts so gezahlt ist, daß es ihm nicht wieder entzogen werden könnte; hat er hingegen blos den einfachen Kaufpreis zurückgezahlt, so kann seine Zinsenfoderung mit der Einrede der Arglist abgewehrt werden, weil er den Gebrauch des vom Käufer empfangenen Geldes gehabt hat."

1) Sogar zweimal im *Comment.* ad Pauli lib. ad Ed. Opp. T. V. p. 361. und T. VII. p. 547 sq.

2) S. Glück XIV. S. 85 ff.

bedungen wird, daß das Pfand für den Fall, da die Schuld nicht zur bestimmten Zeit bezahlt wird, dem Gläubiger dafür eigenthümlich verfallen sein solle. In den Pandekten kommt dieser Vertrag beim Pfandrechte gar nicht, sondern nur in den Titeln de lege commissoria in Anwendung auf den Kauf vor. Daß er aber erlaubt und üblich gewesen, ist aus früheren Zeugnissen [1]) sowohl, als aus der bekannten Constitution des Kaisers Constantin [2]) ersichtlich, die ihn gänzlich verbot und für nichtig erklärte, obwohl sie das Pfandrecht dabei als gültig fortbestehen ließ. Auf die Zeit, wo er geschlossen worden, kommt dabei nichts an [3]), weil der Grund zur Veranlassung des Gesetzes, der Schutz des Eigenthums des Schuldners und Verwahrung vor, besonders wucherischem, Schaden stets sich gleich bleibt. Manche sind zwar entgegengesetzter Ansicht, allein die Stelle, worauf sie sich berufen [4]), spricht nur von einer Angabe an Zahlungs Statt. Auch hat man den Nebenvertrag des Verfalls nach canonischem Rechte [5]) dann für gültig halten wollen, wenn er beschworen worden ist; der richtigen Ansicht nach muß jedoch auch dies verworfen werden, so daß das Constantinische Gesetz ohne Einschränkung anwendbar bleibt; außerdem ist ja auch dieses Verbot durch die deutsche Reichsgesetzgebung von Neuem eingeschärft [6]).

Es wird keiner Anfechtung unterliegen, wenn im Geiste des Gesetzes auch alle diejenigen Verträge hierher gerechnet werden (z. B. Wiederkäufe), welche zur Bemäntelung eines

---

1) *Cicero* ad Divers. VII. 56. Glück XIV. S. 88.

2) C. 3. *de Pactis pign.* — Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit. Creditores enim re amissa jubemus recuperare, quod dederunt. — Daß dieser Nebenvertrag nicht aber schon durch C. 1. *eod.* aufgehoben sei, s. Glück XIV. S. 91.

3) Fritz a. a. O. S. 476.

4) C. 13. *de Pignoribus*; vgl. Glück a. a. O. S. 92.

5) C. 7. X. *de Pignoribus*; s. Glück a. a. O. S. 95. vgl. dagegen Fritz a. a. O. S. 478.

6) Reichspolizei-Ordnung von 1577. Tit. XX. §. 5. Vgl. Wening a. a. O. Th. I. S. 425.

Nebenvertrages des Verfalls beim Pfandcontract gebraucht werden können [1]).

Die Allgemeinheit des Verbotes solcher Nebenverträge erledigt die Frage, ob sie bei Hypotheken und verpfändeten Foderungsrechten überhaupt anwendbar seien, da sie jeden Falls nichtig sein würden [2]).

II. Ob ferner der Nebenvertrag, daß das Pfand auf den Fall, die Zahlung der Foderung erfolge nicht zur rechten Zeit, für einen dann zu bestimmenden angemessenen Preis dem Gläubiger oder Bürgen verkauft sein solle, auch zu den verbotenen zu rechnen sei, darüber ist zwischen den namhaftesten neueren Civilisten Streit. Die, welche es bejahen [3]), berufen sich theils auf die Allgemeinheit des Verbotes in der Constantinischen Constitution, welches nicht durch ein bloßes Spiel der Worte und durch anständige Verkleidung außer Wirksamkeit gesetzt werden könne, indem darin im Grunde auch weiter nichts als ein Nebenvertrag des Verfalls liege; und daß die Gefährdung des Schuldners, sein Eigenthum zu verlieren, ganz dieselbe sein würde. Die [4]) hingegen, welche einen solchen Vertrag zulässig finden, machen darauf aufmerksam, daß der Nebenvertrag des Verfalls darum kein Kauf genannt werden könne [5]), weil das Hauptkennzeichen, die Einigung über einen dem wahren Werth angemessenen Preis (justum), fehle; außerdem sei es auch nicht erklärlich, wie die beiden Stellen [6]) der Pandekten, welche von den

1) Vgl. Gesterding S. 235. Seuffert Erörterungen Th. II. S. 102.

2) Mühlenbruch Cession S. 510.

3) S. *Mühlenbruch* Doctrina Pand. §. 321. (14.) Seuffert a. a. O. S. 99. nach Weber.

4) Glück a. a. O. Bd. XIV. S. 99. (82. 83.) Fritz zu Wening S. 477 f.

5) S. Weber Versuche aus dem Civilrecht. IV.

6) Fr. ult. *de C. E. V.* — Titius, quum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia et fidejussorem Lucium, cui promisit intra triennium proximum se eum liberaturum; quodsi id non fecerit die suprascripta, et solverit debitum fidejussor creditori, jussit praedia emta esse, quae creditoribus obligaverat. Quaero, quum non sit liberatus Lucius fidejussor a Titio, an, si solverit creditori, emta haberet suprascripta praedia? Respondit, si non ut in caussam obligationis, sed ut emta habeat, sub conditione emtio facta est, et contractam esse obligationem. (SCAEV. 7. *Dig.*) Fr. 16. §. ult. *de Pignor.* — Potest ita fieri pignoris datio hypothecave

hier in Frage stehenden Fällen handeln, noch im Justinianeischen Corpus Juris hätten Aufnahme finden können, nachdem die Constantinische Constitution (von 325) schon über zweihundert Jahre gültige Kraft hatte. — Das Gewicht der letzteren Gründe wird offenbar überwiegend, sobald man die der Constitution beigemessene Allgemeinheit genauer prüft, denn sie schwindet völlig, und erstere erscheint lediglich als durchaus auf den Nebenvertrag des Verfalls beschränkt. Sie erwähnt nemlich doch inter *alias* captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescentem asperitatem, und will doch nur infirmari *eam* und *ejus* memoriam aboleri. Würde nicht, wenn die Fälle eines Verkaufs gedachter Art zu diesen captionibus gerechnet worden, dessen auch Erwähnung geschehen sein? In der That ist dies aber darum nicht möglich, weil eine Uebervortheilung hier wenigstens nicht vermuthet werden darf, und es mögte für den zu besorgenden Fall derselben eine Schätzung des Pfandes allerdings zu veranlassen sein [1]). — Dagegen scheint soviel gewiß, daß der Preis nicht schon vorher bestimmt sein darf, denn dann würde freilich der Vertrag durchaus dasselbe gegen sich haben, wie der des Verfalls [2]). — Daß endlich der Bürge so wenig wie der Gläubiger einen wahren Vertrag des Verfalls abschließen dürfe, ist dem Geiste des Gesetzes nach außer Zweifel.

Nachheriger, nicht vorher bestimmter Verkauf an den Gläubiger, oder Angabe an Zahlungs-Statt ist unverwehrt [3]). (Vgl. übrigens §. 54. unter 3. und §. 56 a. E.)

---

ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emtoris possideat rem justo pretio tunc aestimandam; hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio: et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt. (MARC. *l. l.*)

1) Westphal §. 194. (216 a.) Dagegen ist kein Grund vorhanden, die Worte: justo pretio tunc aestimandum, für einen Tribonianismus zu halten (*Wissenbach* Emblemata Trib. Cap. IV. p. 46. ed. Hal.), s. Glück XIV. 98.

2) Fritz a. a. O. S. 477. Glück m. A. a. a. O. S. 99. stimmt für's Gegentheil.

3) Fr. 12. pr. *de Distract. pign.* — Rescriptum est ab imperatore, libellos agente Papiniano, creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris. (TRYPH. 8. *Disp.*) C. 13. *de Pignorib.* — Quum dominam majorem 25 annis ea quae obliga-

III. Der Gegennutzungsvertrag (Antichresis) [1]) ist zwar dem Pfandrechte nicht allein eigen (S. 28.) [2]), aber doch bei ihm am gewöhnlichsten; sein Zweck ist nemlich nicht gerade Sicherheit des Gläubigers, sondern Fruchtgenuß anstatt der Zinsen. Er ist dann derjenige Vertrag, wonach dem Gläubiger der Gebrauch und die Benutzung des Pfandes, und wie es nach der Analogie von diesem Vertrage überhaupt scheint, auch pachtweise an Andere überlassend, während der Zeit der Verpfändung statt der Zinsen zusteht; soll hingegen nur auf die Zinsen abgerechnet und Rechnung darüber gelegt werden, so ist dies keine Gegennutzung [3]), so wenig wie wenn ausgemacht worden, daß der Gläubiger die verpfändete Sache benutzen und die Früchte davon ziehen solle, um sich auch wegen des Capitals dadurch bezahlt zu machen [4]). Es ist schon früh darauf aufmerksam gemacht

---

verat tibi, jure dominii possidere permisisse, et in solutum dedisse precibus significes, dominae contractus et voluntas ad firmitatem tibi sufficit. Fr. 20. §. 3. *de P. A.*

1) Ueber dieses Wort und dessen Ableitung s. Glück XIV. S. 105. Es kommt sowohl für den Vertrag als für das Recht selbst vor, s. Gesterding S. 212.

2) Fr. 11. §. 1. *de Pignorib.* — Si ἀντίχρησις facta sit, et in fundum, aut in aedes aliquis inducatur, eousque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur; cum in usuras fructus percipiat, aut locando aut ipse percipiendo, habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti. (MARC. *l. l.*) S. dazu Glück XIV. S. 111.

3) Fr. 1. §. 3. *de Pignorib.* — Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis, fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimae usurae; quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit: cum ad diem minore foenore non soluto, legitimae majores usurae stipulanti recte promitti potuerunt. (PAP. 11. *resp.*) coll. *Nov.* CXX. Cap. 4. Daß hier Rechnung abgelegt werden sollte, s. Glück XIV. S. 118.

4) Fr. 39. *de P. A.* — Cajus Sejus ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio Titio pignori dedit; postea pactum inter eos factum est, ut creditor pignus suum in compensationem pecuniae suae certo tempore possideret; verum ante expletum tempus creditor, quum suprema sua ordinaret, testamento cavit, ut alter ex filiis suis haberet eum fundum, et addidit: quem de Lucio Titio emi, quum non emisset; hoc testamentum inter ceteros signavit et Cajus Sejus, qui fuit debitor; quaero, an ex hoc, quod signavit, praejudicium aliquod sibi fecerit, quum nullum instrumentum venditionis proferatur, sed solum pactum, ut creditor certi temporis fructus caperet? Herennius Modestinus respondit, contractui pignoris non obesse, quod debitor testamentum creditoris, in quo se emisse pignus expressit, signasse proponitur. (MOD. 1. *Diff.*)

worden, daß der Gegennutzungsvertrag zwischen Gläubiger und Schuldner auch ohne Pfandverhältniß habe Statt finden können, und dann einen eigenen ungenannten Contract gebildet habe, do ut facias [1]), so daß die Klage praescriptis verbis in factum entsteht; es mögte jedoch im einzelnen Falle sehr darauf ankommen, ob nicht aus den begleitenden Umständen das Vorhandensein eines stillschweigenden Pfandcontracts, und nicht nur ein Innebehaltungsrecht zu folgern sei. — Ist er aber, was regelmäßig der Fall sein wird, mit einem Pfandcontract verbunden, so findet zur Verfolgung des Gegenstandes der Nutzung ebensowohl die hypothekarische Klage Statt, als die Pfandhauptklage auf Zurückgabe, wenn diese rechtlich begründet worden [2]).

Ob dieser Vertrag stillschweigend eingegangen werden könne, ist streitig [3]); doch ist die dafür angeführte Stelle [4]) anders zu erklären (s. o. S. 234.), und es scheint allerdings, daß ein solcher Vertrag nur ausdrücklich eingegangen werden kann; denn es ist nicht möglich, aus einer Handlung (Uebergabe eines fruchttragenden Pfandes,) auf so in's Einzelne gehende Bestimmungen zu schließen, sondern stets wird die Auslegung ganz nahe liegen, daß ein stillschweigender Pfandcontract in der Art eingegangen worden sei, es solle Abrechnung mit ordentlicher Rechnungslegung auf die Zinsen und das Capital aus dem Fruchtgenuß geschehen, nicht aber dieser lediglich anstatt der Zinsen gezogen werden. Daraus ergiebt sich, daß namentlich eine ausdrückliche Verabredung über die Zinsen geschehen sein müsse; sind keine dergleichen versprochen, so ist kein Gegennutzungsvertrag vorhanden, sondern es müssen die gezogenen Nutzungen vom Pfande her-

1) Glück XIV. S. 114. Fr. 11. §. 1. *d.* Fr. 33. *de P. A.* coll. C. 6. *Quod cum eo qui.* C. 14. *de Usuris.*

2) Fr. 33. *de P. A.* — Si pecuniam debitor solverit, potest pigneraticia actione uti ad recipерandam *ἀντίχρησιν*, nam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti. (MARC. *l. l.*) Verbum ist für Klageformel, s. Glück XIV. S. 107. (9.)

3) *Cujac.* Obs. VIII. 12. bejahet es.

4) Fr. 8. *In quibus caussis pignus.*

ausgegeben, und beziehungsweise auf das Capital abgerechnet werden (s. o. S. 234.) [1]).

Obwohl nicht gerade höchstens sich die strengen gesetzlichen Zinsen aus der Nutzung zu ergeben brauchen [2]), weil der Fruchtertrag ungewiß ist, so darf er doch natürlich nicht benutzt werden, um Zinswucher zu decken. Auch hat das Canonische Recht nie vermogt, diesen Vertrag bei Verpfändungen zu verdrängen, sondern er ist stets in Uebung geblieben [3]). Nach welchen Grundsätzen aber die Beurtheilung etwaniger wucherlicher Zinsen, welche durch diesen Vertrag verdeckt werden mögten, sich zu richten habe, darüber sind vielerlei Meinungen ausgesprochen worden, die alle auf willkührlichen Voraussetzungen beruhen [4]). Am sichersten ist es, bei den natürlichen Früchten die Beantwortung dieser Frage vom Beweise des klagenden Schuldners abhängen zu lassen; wenn es dazu kommt, so ist ordentliche Rechnungslegung erfoderlich, wozu außerdem keine Verpflichtung vorhanden ist [5]). Besteht die Gegennutzung in dem Beziehen gewisser Geldgefälle, so muß allemal Rechnung gelegt und der Ueberschuß über die gesetzlichen Zinsen auf das Capital abgerechnet werden. Mitten inne steht der bloße, miethweise Statt findende Gebrauch einer Sache, und das Wohnen; dabei findet nur dann Rechnungslegung und strenge Abrechnung Statt, wenn

---

1) Irrige Ansichten wegen falscher Erklärung von Fr. 8. *d.* finden sich noch bei Seuffert a. a. O. S. 104.

2) C. 14. *de Usuris.* — Si ea pactione uxor tua mutuam pecuniam dedit, ut vice usurarum domum inhabitaret, pactoque ita, ut convenit, usa est, non etiam locando domum pensionem redegit, referri quaestionem quasi plus domus redigeret, si locaretur, quam usurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. Licet enim uberiore sorte potuerit contrahi locatio, non ideo tamen illicitum foenus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur. — C. 17. *eod.* — Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu majoris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum rescindi placita non possunt.

3) *Böhmer* J. E. Prot. Tom. V. Lib. V. Tit. 19. §. 28.

4) Glück a. a. O. XIV. S. 122.

5) Es müßte denn durch Vertrag sein, Seuffert a. a. O. S. 105. Danach ist auch die Unterscheidung, welche man beinahe allgemein findet, je nachdem fructus incerti oder certi seien, ganz unnütz.

der Gläubiger sie wieder verpachtet hat, und also baares Geld vereinnahmt [1]).

Der Gläubiger braucht beim Gegennutzungsvertrage die Lasten der Sache, gleich dem Nießbraucher, nicht zu tragen, und kann die zur Erhaltung der Sache verwendeten Kosten zurückfodern [2]), weil diese allgemeine, dem Eigenthümer obliegende, Pflicht demselben im Fall dieses Vertrages nirgends abgenommen worden, welcher überhaupt viel eher mit dem Pacht, als mit dem Nießbrauch zu vergleichen ist.

Da der Gegennutzungsvertrag viel Aehnlichkeit mit dem Wiederkauf haben kann, so erfodern im einzelnen Fall zuweilen die Umstände große Aufmerksamkeit, um zu entscheiden, welcher von beiden vorliege.

§. 29.

Von dem letztwillig bestellten Pfandrechte.

Ein Pfandrecht soll auch letztwillig bestellt werden dürfen [3]), sowohl an Sachen, welche der Gläubiger als solche des Testators zufällig bereits in Händen hat, als an andern diesem gehörigen; wie endlich an Sachen des Erben selbst, und zwar sowohl für schon bestehende Foderungen des Gläubigers, als für solche aus einem letzten Willen erst entspringende [4]). — Die Frage, ob im ersten Fall ein Pfandcontract eintrete, ist nirgends entschieden; streng genommen, kann sie im Allgemeinen nicht bejahet werden, weil dazu neben der Uebergabe, die ihn nur in Vollziehung setzt, auch Einwilligung erfodert wird, und der Gläubiger beim Pfandcontract als die hauptsächlich verpflichtete Person erscheint,

---

1) C. 14. *d.* Seuffert a. a. O.

2) Gesterding a. a. O. S. 217.

3) Fr. 26. pr. *de P. A.* — „Testamento quoque pignus constitui posse Imperator noster cum patre saepissime rescripsit. (ULP. 3. *disp.*) Mit größter Wahrscheinlichkeit ist anzunehmen, daß dieses Pfandrecht hierdurch nicht erst eingeführt, sondern schon länger in Uebung gewesen sei, da das gesetzliche PfR. für die Vermächtnisse noch mangelte. Glück XVIII. S. 187.

4) *Mühlenbruch* Doctrina Pand. §. 311.

ihm also ein Onus [1]) vermacht werden würde; im Besondern wird jedoch das Rechtsgeschäft, auf dessen Grund der Gläubiger die Sache inne hat, und wie sich die Erklärung der Fortsetzung des Besitzes im Verhältniß zu jenem gestalten muß, bei der Entscheidung in Betracht kommen. Ist jenes von der Art, daß die Fortsetzung des Besitzes des Pfandes eine andere rechtliche Auslegung zuläßt, — z. B. der Pächter des Schuldners erhält am erpachteten Grundstück ein Pfandrecht, — so kann nur ein hypothekarisches Verhältniß angenommen werden; entgegengesetzten Falls aber, wenn schon ein Innebehaltungsrecht vorhanden ist, oder eine Hinterlegung, würde dem mit Willen und auf Anordnung des Schuldners fortgesetzten Besitz keine andere Deutung als die eines Pfandcontracts gegeben werden können. Daß von den anordnenden Worten des letzten Willens die Entscheidung mitabhänge, versteht sich von selbst. Der Gläubiger muß aber in solchen Fällen, wenn auch die Pfandbestellung in der Regel seinen Vortheil bezwecken wird, seinen Willen dennoch darum aussprechen, oder stillschweigend zu erkennen geben, weil Niemandem ein Recht wider seinen Willen aufgedrungen werden kann; ein Versagen oder Ausbleiben einer solchen Erklärung kann aber so wenig für bejahend angenommen, als ein Präjudiz dieser Art gestellt werden. Annahme des Vermächtnisses, wofür ein Pfandrecht letztwillig verordnet wird, zieht natürlich Annahme des Pfandrechts nach sich. — Zu dieser Pfandbestellung ist nicht gerade ein Testament erfoderlich, sondern sie kann auch in Codicillen geschehen, und zwar selbst in unbestätigten, wie man wegen der im neuern römischen Recht ausgedehnten Wirksamkeit der Codicille ohne Bedenken schließen darf [2]). Dies wird sich nachher noch einleuchtender zeigen. Man ist nemlich über die Natur dieses Pfandrechts insofern uneinig, daß die Einen [3]) das letztwillige Pfandrecht zu den vertragsmäßigen zählen, weshalb sie auch die ganze Unterscheidung verwerfen [3]), weil nicht die

---

1) S. Fr. 38. *de P. A.*
2) Glück XVIII. 189. Westphal §. 35. (56.)
3) Meißner stillschweigendes Pfandrecht S. 467. und die dort Genannten.

einseitige und an sich unverbindliche Verfügung des Testators, sondern der Quasi-Contract der Erbantretung dasselbe herstelle. Andere [1]) betrachten es als eine Art von Vermächtniß, wie andere (sonst s. g. dingliche) Rechte vermacht werden könnten. Die letztere Ansicht hat soviel wider sich, wie die erste, wenn man den rechtlichen Gesichtspunkt für sie in den Erbantritt setzt, und die Wirksamkeit des Pfandrechts davon abhängig macht. Ist das Testament sonst gültig und formrichtig, so muß das bestellte Pfandrecht selbst dann gelten, wenn jenes destituirt sein sollte. Wir glauben nemlich dasselbe für nichts weiter als den Anfang eines schriftlich eingegangenen Pfandvertrags [2]) ansehen zu dürfen, dem die Annahme von Seiten des Gläubigers noch fehlt, denn von dieser hängt ja erst die Vollendung des Geschäfts ab. Für ein Vermächtniß aber dieses Pfandrecht zu halten, geht schon darum nicht an, weil man doch durch ein solches mit Niemandem ein vertragsmäßiges Verhältniß, eine Obligation für sich oder seine Nachfolger eingeht. Ein ziemlich unzweifelhafter Beweis, daß die Römer selbst ein auf diese Weise eingegangenes Pfandrecht nicht für ein Vermächtniß betrachtet haben, ist auch der, daß in der an Einzelheiten so reichen Lehre von Vermächtnissen des Pfandrechts als eines solchen gar keine Erwähnung geschieht [3]), sondern davon nur zweimal [4]) und ganz gelegentlich unter Titeln die Rede ist, wohin die Vermächtnisse gehören, wofür es bestellt worden war [5]). Es würde daher selbst ohne Einfluß sein, wenn der Pfandbesteller sich der Worte Vermächtniß oder Vermachen bedient hätte, weil die anordnenden Worte eines letzten Willens auf das Wesentliche keinen Einfluß haben.

---

1) Glück a. a. O. und die dort Genannten. *Mühlenbruch* l. l.

2) Dahin würde jedoch auch ein mündlich errichteter letzter Wille gehören, weil dann die Zeugen nur das Mittel zur Weiterkundmachung sind.

3) Nur einmal gelegentlich und beiläufig in C. 1. *Communia legatar.* wird es als etwas erwähnt, quod in testamento *dari* potest, was aber auch nicht mehr sagen will, als constitui in Fr. 26. pr. *de P. A.*

4) Fr. 9. *de Annuis legatis*, Fr. 12. *de Aliment. leg.*

5) Dessen für schon bestehende Foderungen ist überhaupt nirgends gedacht, und man kann darauf nur aus Fr. 26. *d.* und C. 1. *d.* sowie der allgemeinen Natur letztwilliger Verordnungen, wenn auch mit vollem Rechte schließen.

Hiernach ist das Testament oder Codicill [1]), worin ein solches Pfandrecht bestellt wird, nur für ein anderes Mittel zu betrachten, als etwa ein Brief oder sonstige schriftliche Urkunde, welche dem Gläubiger eingehändigt wird, während es für den übrigen wesentlichen Inhalt einer letztwilligen Verfügung keine andere Form giebt, ohne seinem Character zu nahe zu treten. — Daß auch der Begriff eines stillschweigenden Pfandrechts aus Worten oder Verfügungen, die es nicht unmittelbar aussprechen, hier wie sonst folge, scheint keinem Zweifel zu unterliegen. — Sollte der Gläubiger sterben, ehe ihm das bestellte Pfandrecht zu seiner Erklärung bekannt wird, so geht das Recht, diese zu ertheilen, auf seine Erben über; wenn er hingegen die (schon bestehende) Foderung inzwischen veräußert hat, wofür es eingeräumt worden, so kann der Uebergang auf den nunmehrigen Gläubiger schlechthin nicht angenommen werden, sondern es müssen besondere Umstände vorhanden sein, um darauf schließen zu lassen.

Die Bestellung eines Pfandrechts an Sachen des Erben oder eines Vermächtnißnehmers, oder die Aufgabe an diese, ein solches zu bestellen, ist keine eigentliche letztwillige, weil noch der Pfandvertrag zwischen dem Gläubiger und dem Belasteten erfolgen muß. Sie ist daher ein Fideicommiß oder Vermächtniß für den Gläubiger, und zieht die gewöhnliche Klage in factum aus dem Testamente nach sich.

Fälschlich wird hin und wieder das letztwillige Pfandrecht dem öffentlichen beigezählt [2]).

§. 30.

Von dem öffentlichen und dem privaten Pfandrecht.

Das Wesen und die rechtliche Natur des öffentlichen Pfandrechts, und sein Verhältniß zum privaten, ist Gegenstand einer so verwickelten Streitfrage [3]) im Pfandrecht, wie

---

1) S. Anm. 2. der vor. Seite.
2) *Mühlenbruch* l. l. §. 311.
3) S. meine pfandrechtl. Streitfragen S. 103 ff. — Vgl. Schwep-

irgend eine. Sie drehet sich allein um die richtige Erklärung und Würdigung folgender Stelle:

C. 11. *Qui potiores in pignore.* — Scripturas quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec non transigendi, vel paciscendi, seu foenerandi, vel societatis coëundae gratia, seu de aliis quibuscunque caussis vel contractibus conficiuntur, quae ἰδιόχειρα graece appellantur, sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Si autem jus pignoris vel hypothecae ex hujusmodi instrumentis

Die [1]) schriftlichen Aufsätze, welche oftmals von Manchen mit Zuziehung von Freunden privatim errichtet, um Vergleichs, Vertrages, oder Darlehns oder einer Gesellschaftsstiftung halber, oder aus irgend sonst einer andern Ursache, oder Contracts wegen, aufgenommen werden, griechisch ἰδιόχειρα (von eigener Hand geschriebene) genannt, sollen, es mag nun die ganze Urkunde von der Hand der Contrahirenden, oder eines Schnellschreibers, oder irgend eines Andern geschrieben sein, vorausgesetzt, daß sie mit ihrer Unterschrift versehen sind, oder mit Zuziehung von Zeugen oder nicht, wenn diese auch Conditionalen sind, welche gewöhnlich Tabularien heißen, oder nicht, als wären sie öffentliche, wenn persönliche Klage erhoben wird, von rechtlicher Kraft

---

pe jurist. Magazin 1. Heft. Misc. E. Schirach Beiträge zur Anwend. d. Rs. S. 425. *Hoffacker* opusc. jurisd. S. 235 sq. Bülow und Hagemann's Erörter. Bd. VI. S. 395. Brinkmann Rechtsk. S. 64.

1) Meine Uebersetzung aus dem deutschen C. J. Bd. VI. S. 199.

ebendas. Anm. 84. 85. über secrete und conditionales. — Man könnte diesen ganzen §. für mehr zu Abschnitt XI. gehörig halten, indessen kommt doch die Uebereinkunft der Parteien hauptsächlich in Betracht, weshalb dort nur das Resultat dieser Untersuchung benutzt wird, hier aber deren Folgen zu erörtern waren.

vindicare quis sibi contenderit: eum qui instrumentis publice confectis nititur praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.

sein. Sollte aber Jemand aus Urkunden der Art ein Pfand- oder Hypothekrecht in Anspruch nehmen wollen, so befehlen wir, soll derjenige, wer sich auf öffentlich verfertigte Urkunden stützt, einen Vorzug haben, wenn er auch der Zeit nach jüngerer [Gläubiger] ist, es müßten denn die Privaturkunden mit der Unterschrift dreier oder mehrerer Männer untadeligen und unbescholtenen Rufes versehen sein, dann werden sie als öffentliche betrachtet werden.

Bald hat man in jener Constitution lediglich einen Unterschied zwischen öffentlichen und Privaturkunden in Bezug auf deren Beweiskraft gefunden[1]); den zwischen öffentlichen und Privathypotheken hingegen nur als ein Gebilde der Doctrin aus ihr betrachtet. Den Grund dieser Unterscheidung legte man darin, daß Privaturkunden nur gegen den Aussteller und Erben beweisen, mithin nicht gegen Dritte, wenn gegen diese das Pfandrecht verfolgt werden solle, wogegen öffentliche den Beweis sicherer, also auch gegen andere Gläubiger herstellen. Augenfällig, glaubte man, beziehe sich übrigens die Constitution nur auf zusammentreffende vertragsmäßige Pfandrechte; das Besondere was sie lehre, sei nur die Gleichstellung der Privaturkunden einer gewissen Art mit den öffentlichen. Die Eintheilung des Pfandrechts hiernach selbst, sei falsch; der Kaiser Leo habe gar keinen Vorzug der öffentlichen vor Privathypotheken gewollt, sondern da seine Verordnung bloß die Beweiskraft betreffe, so sei damit gar nicht gesagt, daß, wenn private durch Zeugen oder sonst vollständig bewiesen würden, ihnen die öffentlichen dann noch

---

1) Glück Bd. XVIII. S. 278 ff.

vorgingen. Eben so wenig könne diese Constitution auf gesetzliche oder richterliche Pfandrechte Anwendung leiden; treffen diese mit andern, auch aus öffentlichen Urkunden herrührenden zusammen, so entscheide nur das Alter. Dagegen lasse sich mit Grund behaupten, daß der Vorzug des Beweises, welchen die Verordnung in Betreff der Hypotheken den öffentlichen Urkunden vor den bloßen privaten einräumt, sich auch auf bevorzugte vertragsmäßige Hypotheken erstrecke, sobald es auf Urkundenbeweis ankomme, und daraus folge, daß sogar ein einfaches Pfandrecht aus einer öffentlichen Urkunde einem bevorzugten aus einer privaten vorgehe. — Ein testamentarisches Pfandrecht endlich stehe dem aus einer öffentlichen Urkunde gleich. — Bald wiederum [1]) betrachtete man die Constitution nur von Seiten der geänderten Rangfolge der Gläubiger; wo vor Leo das Alter allein entschied, da werde nun die öffentliche im Gegensatz der Privatbestellung entscheidend. Diese Classification nach dem Alter habe auch beim Zusammentreffen gleichprivilegirter Pfandgläubiger Statt gehabt. Wenn nun unter diesen nach der Constitution Collision entstehe, so bestimme diese ebenfalls in derselben Art den Rang, sobald früher bei gleicher Art der Bestellung das Alter entschieden hätte. Wo aber der Vorrang auf besondern Gründen beruhe, da bleibe es dabei.

Bald fand man [2]) in jener Constitution eine wesentliche Neuerung für alle Pfandrechte, nicht bloß die vertragsmäßigen, nur sollen die bevorzugten gegen andere gehalten eine Ausnahme machen, und in ihrer Stelle bleiben; und demnach nahm man die Eintheilung in öffentliche, d. h. die, deren Entstehungsthatsache durch eine öffentliche Urkunde bewiesen werden könne, und private förmlich in Schutz. Der Grund der gedachten Ausdehnung liege darin, daß es kein Mittel gebe, das Verhältniß der Pfandrechte zu bestimmen,

---

1) Thibaut Civil. Abhandl. S. 124. und Zimmern in den Römischrechtl. Untersf. von Neustetel und ihm S. 301.

2) Löhr im Archiv f. civil. Praxis Bd. VI. Nr. 6. und XII. Nr. 9.

wenn andere mit den vertragsmäßigen zusammentreffen. Jene Stelle spreche auch nicht entfernt von bloßen Conventionalpfändern; nur die Bedeutung der Urkunden für den Beweis solle darin näher bestimmt werden, nicht für die wirkliche erst geschehende Begründung (Constituirung) der Pfandrechte in ihnen. Ein Prüfstein für diese und gegen die andern Theorieen sei das Zusammentreffen zwischen Titius als privatem Conventionalpfandgläubiger mit **1000**, Cajus als gesetzlichem Gläubiger für **800**, und Sejus als noch jüngerem öffentlichen Gläubiger mit **1000**, wenn des Gemeinschuldners Vermögen nur **1200** betrage; für die gegentheiligen Theorieen sei dies ein circus inextricabilis, weil hier fortwährend jeder den andern von seinem Platze vertreiben könne, Sejus den Titius, Cajus wieder den Sejus, und Titius den Cajus.

Dagegen wurde wieder versucht [1]), darzuthun, daß der zuletztgedachte Cirkel gar nicht zu besorgen sei, wie **Fr. 16.** *Qui potiores* [2]) ergebe. Dort habe ein Schuldner erst der Caja, dann dem Titius und zuletzt dem Sejus ein Landgut verpfändet; Sejus habe es besessen, Caja ihn auf Herausgabe belangt, sei aber rechtskräftig abgewiesen worden. Titius, ebenfalls abgewiesen, habe appellirt, wobei nun die Frage entstanden sei, ob Sejus dadurch, daß er die Caja überwunden, auch den Titius ausschließe. Dies werde in Abrede gestellt, denn es liege res inter alios acta vor. Siege also hiernach Titius ob, so unterliege es keinem Zweifel, daß Caja wiederum ihn auf Herausgabe belangen könne, weil der etwaige Einwand gegen sie auch nur eine res inter alios acta sei. Der Caja Obsiegen sei aber wiederum auch für Sejus res inter alios acta, und er könne also daraus kein Recht gegen sie ableiten. Dieses Resultat [3]), angewendet auf die hier aufgeworfene Streitfrage, (von Titius, Ca-

---

1) Von Hepp in der Juristischen Zeitung von Elvers, Jahrg. 1830. S. 340 ff.

2) S. u. §. 47. a. E.

3) Die Heppsche Erklärung von **Fr. 16.** *d.* ist zwar richtig, (s. u. §. 47. a. E.), allein dessen Inhalt kann mit der hier vorliegenden Frage nicht verglichen werden, denn es handelt sich dort nur um die Wirkung der Rechtskraft, und diese ist niemals absolut, sondern nur relativ.

jus und Sejus), könne, wenn Sejus den Vorrang vor Titius erlangt, auch nicht Cajus nachmals gegen Sejus auftreten; denn Cajus werde nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen niemals eher Befriedigung erlangen, als bis Titius sie erhalten, und daran werde durch das Vorrecht des öffentlichen Conventionalpfandes nichts geändert; denn wenn Sejus dem Titius aus einem andern Grunde entziehe, was diesem sonst der Zeitrangordnung nach gebühre, so sei auch für Cajus res inter alios acta vorhanden. Dabei sei die Sache nicht so zu verstehen, als trete Sejus in des Titius Stelle, dem widerspreche Fr. 16. *d.*, allein die Modification sei gegründet, daß Sejus nur soweit vor Cajus trete, als des Titius Foderung reiche. Die Ausdehnung auf alle, auch gesetzliche, Pfandrechte, sei darum unrichtig, weil der Gläubiger, welcher ein gesetzliches habe, gar nicht mit der öffentlichen Urkunde, wenn eine solche darüber vorhanden sei, beweise, indem es durch das Gesetz selbst entstehe, aus jener aber einzig und allein die Hauptobligation entspringe.

Wir wollen die einzelnen Streitpunkte unter folgende Fragen zusammenfassen:

1) will die fragliche Constitution nur einen Unterschied für die Beweismittel des Pfandrechts einführen, oder bei vollem Beweise für die verschiedenen gemeinten Pfandrechte doch noch einen andern Unterschied beobachtet wissen?

Unrichtig ist die Voraussetzung, daß private Urkunden nur gegen den Aussteller beweisen [1]); denn der Gesetzgeber erkennt ja die Möglichkeit, Pfandrechte aus solchen zu erweisen und gegen Dritte geltend zu machen dadurch ausdrücklich an, daß er ihnen die aus öffentlichen nur vorgezogen wissen will. Wer die Geltendmachung der Pfandrechte aus Privatverträgen oder andern Urkunden gegen Dritte leugnet, der spricht damit die Vernichtung des Pfandrechts durch Veräußerung des zum Unterpfand bestellten Gegenstandes aus. Privaturkunden beweisen gegen Dritte nur dann nicht, wenn sie eine dem Dritten nachtheilige Thatsache

---

1) Vergl. Zimmern a. a. O. Gensler im Archiv Bd. II. S. 4 ff. ebendas. Löhr VI. 155. Martin Proceß §. 195.

enthalten, aber allerdings dann, wenn es sich nur um eine freie Handlung des Ausstellers fragt, die eine Verfügung über einen zur Zeit der Ausstellung zu seinem Vermögen gehörigen Bestandtheil begreift und an die auch Dritte gebunden sind [1]). Dahin gehört nun die Bestellung eines Pfandrechts um so mehr, als dieses der Sache, die sich in den Händen des Dritten befindet, eine besondere dingliche Eigenschaft verleihet, die von einem Eigenthümer gültig bestellt, auch von dessen Nachfolgern im Besitz volle Anerkennung finden muß, dieser möge entstanden sein, wie da wolle. Darum spricht ja auch die Constitution ganz allgemein von: jus pignoris vel hypothecae ex hujusmodi instrumentis *vindicare*, so daß die Beziehung auf Dritte sich von selbst versteht. — Daß ferner die Vorstellung, im Zusammenhange mit der Meinung, daß hier nur den Beweis vorherrschend betreffende Bestimmungen vorhanden seien, von der Führung desselben für Pfandrechte durch andere Mittel als aus Privaturkunden, und Erhebung derselben dadurch zu gleichem Werth mit denen aus öffentlichen (so daß nun wieder nur das Alter entscheide), ebenfalls dem Inhalt der Constitution ganz entgegen sei, beweist der Umstand, daß dieser Fall dort schon wirklich vorgesehen ist; denn es heißt ja von den Privaturkunden ausdrücklich: es solle sive testibus adhibitis sive non zwar die persönliche Klage mit gleicher Wirkung Statt haben, wie aus öffentlichen, allein wenn es auf ex *hujusmodi* instrumentis herzuleitende Pfandrechte ankomme, so sollen die aus öffentlichen vorgehen; denn bei hujusmodi muß doch der ganze von Urkunden überhaupt geltende Satz wiederholt gedacht werden. Mithin erkennt der Gesetzgeber den Zeugenbeweis selbst für ungenügend an. Hiernach wird es nun keinem Zweifel weiter unterworfen werden, daß es sich in der fraglichen Constitution nicht bloß um die Kraft von Beweismitteln, sondern um die rechtliche Wirksamkeit von Pfandrechten selbst handele; der Gesetzgeber, dem doch bekannt sein mußte, daß der Beweis eines Pfandrechts auf andere Weise, als durch öffentliche Urkunden

---

1) S. Gensler und Martin a. a. O.

auch geführt werden kann, ordnet für den Fall, da ein solches aus einer öffentlichen Urkunde resultirt, auch in der That einen Vorzug zu entschieden an, (praeponi, etiamsi posterior sit), als daß man annehmen dürfte, er habe gleiche Wirkung beim Beweise durch andere Mittel gewollt.

2) Welche Pfandrechte hatte der Gesetzgeber beim Abfassen jener Constitution vor Augen? —

Die Constitution selbst spricht mit klaren Worten nur von Urkunden über vertragsmäßige Rechtsgeschäfte bis dahin, wo sie des Pfandrechtes noch gar nicht gedenkt. Wenn nun der Context von hier an zu letzteren übergehend so fortfährt: si autem jus pignoris vel hypothecae ex *hujusmodi* instrumentis vindicare quis sibi contenderit etc., so ist das Wort hujusmodi hier als Zusammenhangswort höchst wesentlich und bezeichnend. Gerade die vorher näher beschriebenen Urkunden sind gemeint, welche lauter Verträge enthaltende Scripturae sind. Ferner kann nach den Worten: jus pignoris *ex* hujusmodi instrumentis vindicare, — instrumentis publice confectis *niti* — und dem den Beispielen für den Inhalt der gemeinten Urkunden im Vordersatz zu entnehmenden Sinn (weil dort die Hauptgeschäfte als in ihnen errichtet anzunehmen, nicht sie als darüber bloß nachmals aufgenommene Beweisurkunden zu betrachten sind,) ebensowenig geleugnet werden, daß allerdings die Constitution von Bestellung des Pfandrechts in den Urkunden eben für den Gegenstand des Vertrages u. s. w., den sie betreffen, handele. Der Sinn derselben ist hiernach also der: „Vertragsurkunden jeder Art, mithin auch über einseitige Obligationsverhältnisse, haben in Betreff der persönlichen Klagen, welche daraus entspringen, ohne Unterschied volle und gleiche Geltung und Wirksamkeit; wird aber aus solchen Urkunden nicht die persönliche Klage erhoben, sondern darin bestellte Pfandrechte geltend gemacht, so geht derjenige Gläubiger, welcher sein Pfandrecht aus einer öffentlichen Urkunde verfolgt, dem, der nur eine private hat, selbst dann in der Hypothek vor, wenn er der Zeit nach der jüngere ist." Mithin kann nicht der bloße Beweis der Entstehungsthatsache als durch die öffentliche Urkunde gemeint erscheinen; die Consti-

tution würde dann eine Hauptreorganisation der Pfandrechte vorgenommen haben, und Justinian hätte sie bei den nachmals so sehr vermehrten gesetzlichen Pfandrechten gar nicht unberücksichtigt lassen können. Gerade der Umstand, daß über das Verhältniß der durch das Leoninische Gesetz bevorzugten Pfandrechte aus öffentlichen Urkunden zu gesetzlichen und andern Pfandrechten in demselben gar nichts erwähnt ist, hätte darauf leiten sollen, daß sie das Verhältniß dieser zu vertragsmäßigen ganz unberührt lasse, und nur zwischen den nun durch einen gewichtigen Unterschied getrennten einzelnen Arten des vertragsmäßigen Pfandrechts eine solche Unterscheidung getroffen worden sei, daß die eine Art gegen die andere entschieden zurücksteht. Wir kommen daher zur dritten Frage:

3) wie gestaltet sich das Verhältniß der öffentlichen Pfänder zu privaten und andern Pfandrechten beim Zusammentreffen mit beiden oder mit letzteren?

Haben die bisherigen Versuche alle zu keinem Resultate führen können [1]), welches den Erwartungen von der innern Gediegenheit und logischen Folgerichtigkeit der einzelnen Bestimmungen des römischen Rechts entspräche, so ist damit schon ein neuer Versuch gerechtfertigt, auf einem andern Wege dahin zu streben, und die bisherigen hier zu übergehen. — Wir haben bisher zweierlei Gewisses erhalten, erstens, daß für ein Pfandrecht nur dann der Begriff eines öffentlichen entstehen, oder m. a. W., daß ein solches Pfandrecht, welches nach der Constitution Leo's den Vorzug vor den darin gedachten andern erhalten soll, nur dann diese Wirkung haben kann, wenn es in der Urkunde, welche über die Hauptobligation, wofür das Pfandrecht besteht, aufgenommen ist, zugleich bestellt worden, und diese Urkunde mit einer öffentlichen (oder quasi-öffentlichen) Beglaubigung versehen ist. Fragen wir nach dem Grunde des Gesetzes, so würde, wenn man die größere Glaubwürdigkeit der öffentlichen Urkunden als solchen annehmen will, allerdings dieser Zweck unter den

1) S. meine angef. Schrift S. 115.

vorgedachten Bestimmungen am vollkommensten und sichersten erreicht werden; denn gerade die Bestimmung, daß das Pfandrecht sofort mit schriftlicher Aufnahme der Hauptobligation bestellt sei, entfernt jeden Argwohn eines Betruges, der doch nur wider die Privatpfandgläubiger als beabsichtigt gedacht werden könnte, wogegen, wenn man denselben Begriff auf das früher privatim bestellte, und später nur durch eine, wenn auch öffentliche, Urkunde beglaubigte Pfandrecht ausdehnen will, der Möglichkeit zu Betrügereien vielmehr eine neue Bahn eröffnet worden wäre. Hiernach ist nun also an eine solche Beglaubigung gesetzlicher und bevorzugter Pfandrechte gar nicht zu denken, und diese können in keinen Betracht kommen. Selbst bei dem Beweise derselben muß es daher ohne Einfluß sein, ob öffentliche oder Privaturkunden dazu nicht nur gebraucht werden, sondern auch, wenn sie über die Thatsachen aufgenommen wären, welche jene Pfandrechte begründen, z. B. Ehestiftungen. Denn jene entspringen nicht aus diesen Urkunden, und werden nicht daraus in Anspruch genommen, (ex — instrumentis vindicari), sondern ihnen liegt nur eine Thatsache zum Grunde, welche sie entstehen läßt, sobald sie vorhanden, und zu deren Beweise jedes Mittel gleichgültig ist.

Noch könnte man hier von dem bevorzugten vertragsmäßigen Pfandrechte einen Einwand hernehmen wollen. Dieser Unterschied ist in der That noch von keinem Schriftsteller über diesen Gegenstand berücksichtigt worden, sondern alle scheinen die bevorzugten sämmtlich in eine Classe geworfen, oder sich jener gar nicht erinnert zu haben, und doch können sie in Privaturkunden bestellt werden. Allein dessen ungeachtet kann dies ihrem Vorrang vor einfachen Pfandrechten aus öffentlichen Urkunden, oder ihrem gleichen Rang (abgesehen vom Alter) mit gleichartigen bevorzugten aus solchen keinen Eintrag thun. Wenn man nemlich zwar unter den vertragsmäßigen Geschäften, deren die Constitution gedenkt, im weitesten Sinne auch solche verstehen könnte, die ein bevorzugtes Pfandrecht begründen, so kann diese doch die Constitution aus folgenden Gründen nicht gemeint haben. Erstens ist es schon von Gewicht, daß sie solche nicht aus-

drücklich erwähnt, sondern nur jus pignoris s. hypothecae kurzweg. Denn darunter kann nur das regelmäßige, das gewöhnliche verstanden werden, d. h. das einfache Pfandrecht, nicht das, welches eine entschiedene Ausnahme bildet, die ausdrückliche Bezeichnung erfodert. Sodann leidet der wahrscheinliche Grund des Gesetzes keine Anwendung auf sie; sie können nur auf einer in rem versio beruhen, (Creditum zum Nutzen), und dabei läßt sich Beeinträchtigung früherer Pfandrechte nicht annehmen. Endlich aber ist zu berücksichtigen, daß das Vorzugsrecht, d. h. die Thatsache, worauf sie sich gründen, bewiesen werden muß. Ist dies unmöglich, so ist freilich nur ein einfaches Privatpfandrecht vorhanden. Ist es aber möglich, so ist das Vorzugsrecht vom Pfandrecht unzertrennlich. Da nun jenes nicht durch eine öffentliche Urkunde bedingt ist, so ist auch die Bestellung des letztern in einer Privaturkunde ohne Einfluß daranf, weil jener Beweis auf etwas Anderm beruht.

Es ist daher zwar eine weitere Unterscheidung in der Bezeichnung nicht nothwendig, wenn bei dieser Frage vom bevorzugten Pfandrechte gesprochen wird, da alle zu verstehen sind; allein dies hätte billig von Andern, welche sie behandelt haben, nicht mit Stillschweigen übergangen werden sollen. Wir bemerken also nur zum Ueberfluß, daß von den privaten vertragsmäßigen in dieser Lehre stets die bevorzugten ausgenommen zu denken sind.

Zweitens wissen wir, wie so eben nochmals bestätigt worden, daß nur für die vertragsmäßigen einfachen Pfandrechte der Begriff von öffentlichen und privaten gedacht werden könne.

Aus der erstern Gewißheit folgt in Verbindung mit einer logisch richtigen Deutung des Zwecks des Gesetzes, und seiner Anwendung auf darin nicht genannte Fälle durch Erklärung der innern Absicht zuvörderst, daß von öffentlichen mündlich bestellten Pfandrechten gar keine Rede sein kann, und daß es solche überhaupt nicht giebt; denn der Begriff eines öffentlichen Pfandrechts kann in dem hier gemeinten Gegensatz nur dahin bestimmt werden: welches in der öffentlichen (oder quasi-öffentlichen) über die

Hauptobligation aufgenommenen Urkunde zugleich vertragsmäßig bestellt ist. Es muß ferner, da solche Urkunden den darin bestellten Pfandrechten vor denen in nicht solchen, also privaten, bestellten, einen eigenthümlichen Vorzug geben, daraus um so mehr folgen, daß derselbe Vorzug vor nur mündlich bestellten privaten Pfandrechten Statt finden solle; denn die Verneinung scheint uns hier eine solche Ungereimtheit zu enthalten, daß sie gar keiner Widerlegung bedarf. Danach kann also von einer Collision, welche besonderer Erörterung bedürftig wäre, zwischen besondern Unterarten der öffentlichen und privaten Pfandrechte, weil es von ersteren dergleichen nicht giebt, und die der letzteren alle ein Schicksal haben, so wenig gesprochen werden, als von einer Modification anderer als vertragsmäßiger Pfandrechte, je nachdem darüber öffentliche Urkunden vorhanden wären oder nicht.

Daraus würde nun zunächst die so ziemlich auch von Allen zugegebene Folge entspringen, daß bei denkbaren Collisionen aller möglichen Pfandrechte die bevorzugten jeder Art, als außer aller Berührung stehend, ihren Vorrang auch vor den öffentlichen nach wie vor behalten.

Ebenso gewiß es nun ferner ist, daß bis dahin, wo die Constitution erlassen ward, zwischen allen übrigen Pfandrechten nur das Alter entschied, ist es auch, daß sie den aus öffentlichen Urkunden keinen absoluten Vorzug gegeben hat, sondern nur einen relativen; das heißt, da der Begriff des öffentlichen Pfandrechts nur auf eine Classe einer bestimmten Art von Pfandrechten, die einfachen vertragsmäßigen, anwendbar ist, so ist nur diese Classe der andern vorgezogen worden, während die Art selbst an ihrer Stelle blieb. Hieraus scheint nun aber der Schluß natürlich, daß, wenn vorher gesetzliche, vertragsmäßige öffentliche und private, und überhaupt die andern Pfandrechte außer den bevorzugten einander insofern ganz gleich standen, daß nur das Alter entschied, seitdem aber die öffentlichen den privaten unbedingt vorgehen sollen, während die andern unerwähnt und an ihrer Stelle geblieben sind, mithin den öffentlichen immer

noch gleichstehen [1]), sie gleich diesen den privaten auch vorgehen müssen; somit wäre also die Sache von der Seite zu betrachten, daß in jener Constitution eine Zurücksetzung der letztern gegen die öffentlichen, und dadurch auch gegen alle andere liegt. Daß dies kein Trugschluß, keine Selbsttäuschung sei, geht daraus hervor, daß, da die der andern vorgezogene Classe (die öffentlichen) in der That nur an ihrer Stelle verbleibt, nicht diese, sondern die andere, d. h. die bis dahin ihr gleichstehende, von nun an zurücktretende (die privaten), als die modificirte erscheint.

Niemand wird behaupten können, daß diese Schlußfolgerung, selbst wenn sie das allerdings auffallende Resultat nun liefert, daß ältere Privatpfandrechte gesetzlichen jüngeren [2]) selbst dann nachstehen, wenn sie nur mit diesen, ohne Hinzutritt von öffentlichen, zusammentreffen, weniger folgerichtig sei, als alle bisher versuchten; dabei ist sie aber die einzige, welche alles Zusammentreffen verschiedener Pfandgläubiger aufs einfachste und genügendste auflöst und den Casus inextricabilis zwischen Titius, Cajus und Sejus entscheidet. Wenn nemlich Titius ein Privatpfandrecht, Cajus ein jüngeres gesetzliches, und Sejus das jüngste öffentliche an einem und demselben Gegenstande haben, so wird Cajus zuerst, dann Sejus, und Titius zuletzt Befriedigung erhalten; denn das Pfandrecht des zweiten und dritten sind an Werth gleich, so daß nur das Alter entscheidet; das des ersten steht dem des dritten nach, und folglich auch dem des zweiten, weil dies dem des dritten gleichsteht, und unter Umständen (nach dem Alter) auch vorgeht. Sonach ist also hier nicht die Regel, si vinco vincentem te, vinco te ipsum, zur Anwendung zu bringen, mit der man freilich nicht auskommen, aber auch gar nicht in Berührung kommen kann, sondern der Beweis läßt sich mathematisch führen [3]).

---

1) Vgl. Nettelbladt Rechtssprüche IV. S. 62.

2) Von diesen können jedoch die prätorischen und gerichtlichen Pfandrechte mit jüngeren öffentlichen Pfandrechten nicht in störenden Conflict kommen, so, daß erstere etwa darum den älteren Privatpfandrechten vorgingen, weil diesen ein jüngeres öffentliches vorgeht, und ein solches demnach die prätorischen und gerichtlichen nicht berührt; s. §. 67.

3) Wir sind dadurch zugleich der

Hiernach bleibt noch die Frage übrig, welche Urkunden im römischen Rechte als öffentliche betrachtet werden. Gewiß sind darunter [1]) die zu verstehen, welche mit Einwilligung der Contrahenten von einer obrigkeitlichen Behörde, die ein Jus actorum und fidei publicae hat, ausgefertigt, oder von Tabulariis in ihre Acten aufgenommen worden sind. Alle andere gehören zur Zahl der Privaturkunden, nur die gleichsam öffentlichen, deren die Constitution Leo's gedenkt, sind den öffentlichen an Wirkung gleichgesetzt.

Daß die Grundsätze des römischen Rechts von öffentlichen und privaten Hypotheken noch heutzutage volle Anwendung haben, ist keinem Zweifel unterworfen [2]), wenn schon das deutsche Partikularrecht, mit einer wohl allgemeinen Uebereinstimmung neue Grundsätze wegen der gerichtlich bestellten und vom Richter bestätigten Pfandrechte angenommen hat, welche jedoch jene durchaus nicht ganz unpraktisch machen, namentlich nicht für bewegliche Sachen. Und

---

Beschränkung, welche Franke Beiträge 1. Abth. S. 109. und Hepp a. a. O. S. 343. aufstellen, überhoben, daß Sejus nur allemal so weit in der Stelle des Titius Befriedigung erhalte, als dessen Foderung betrage, mithin, wenn diese geringer als seine eigene sei, mit einem Rest unbefriedigt bleibe. Denn es findet der Begriff des Eintritts in die Stelle eines Andern gar nicht Statt; jene sind nemlich dadurch zu dieser Annahme gekommen, daß sie den Sejus vor dem Titius befriedigen, und also vor dem Cajus, diesem aber nicht mehr Nachtheil dadurch zufügen zu dürfen glauben, als ihm Titius, wäre er an seinem frühern Platz geblieben, veranlaßt hätte. Dieser Fall tritt nach unserer Erklärung gar nicht ein, weil Cajus dem Titius selbst vorgeht, und also auch dem Sejus, und von diesem nur sogleich gefolgt wird. Daß Hepp das Auffallende der Erscheinung, daß nun der dem Cajus eigentlich nachstehende Sejus vor diesem Befriedigung erhält, sehr wohl gefühlt habe, erhellt aus seinem Versuch, es dadurch zu rechtfertigen, daß dies doch nur durch eine Zwischenperson mittelbar und insoweit geschehe, als Cajus dem Titius weichen müsse; allein es ist vorher nicht nur gezeigt worden, daß Cajus dem Titius nicht weiche, sondern dieser Versuch kann auch das Auffallende nicht hinwegschaffen, noch rechtfertigen. Das Recht, vermöge dessen Sejus nemlich dem Titius vorginge, wäre ja immer nicht nur nicht stärker als das des Cajus, sondern an sich schwächer, und da von einem Eintritt in des Titius Recht keine Rede sein kann, sondern es nur ganz einfach heißt potior est, so bliebe der Rang und die Stellung des Cajus für die Entscheidung der Reihenfolge doch stets eine unüberwindliche Klippe, weil er es in der Person des Sejus nicht mit des Titius Recht, sondern mit dem des Sejus selbst zu thun hätte.

1) S. Glück XVIII. S. 286.

2) Glück ebendas. S. 293.

wenn auch sich sehr häufig, ja fast überall, der Begriff der öffentlichen Pfandrechte nur von solchen bestätigten gebraucht findet, so ist dies doch unrichtig, und nur etwa die Unterscheidungsbezeichnung der gerichtlichen und außergerichtlichen Pfandrechte zu rechtfertigen, da ersteres noch den Nebenzweck einer besondern Sicherheit des Gläubigers durch eine persönliche Verantwortlichkeit des bestätigenden Richters erhält.

Die Bestätigung des Pfandrechts sowie die Einwilligung des Richters ist deutsch-rechtlich und hängt mit der Lehre von Veräußerungen der Grundstücke im weitern Sinn und der Erwerbung des Eigenthums daran überhaupt zusammen [1]); eben dahin gehört auch die uralte Einrichtung der gerichtlichen Kauf- und Handelsbücher. Die Grundidee dazu liegt in der alten, durch das Feudalsystem in weiterer Bedeutung [2]) geregelten Verfassung des Grundbesitzes und dem Begriffe des Obereigenthums [3]), wodurch die gerichtliche Bestätigung aller Geschäfte, welche die Erwerbung von Rechten an Grundstücken zum Gegenstande hatten, erfodert wurde. Das römische Recht konnte bei seinem Eindringen in Deutschland diese Grundsätze nicht nur nicht ganz verwischen, sondern es hatten Landrechte und Statuten auch genügend für ihre ausdrückliche Aufrechterhaltung gesorgt [4]). Selbst bei dem Mangel, daß das deutsche Privatrecht im Allgemeinen in ein richtiges Verhältniß zu dem aufgenommenen römischen nicht gesetzt ward, äußerten gleichwohl dieselben auf die Anwendung des römischen Pfandrechts, welches erst zu Ende des funfzehnten Jahrhunderts allgemein in Deutschland aufgenommen ward, und die bis dahin statt dessen üblichen Wiederkäufe zurückdrängte, den wichtigsten Einfluß; denn sie gaben von selbst das Resultat, daß ein Pfandrecht an Grundstücken freiwillig nur in von dem zuständigen Gericht aufgenommenen, oder bestätigten Verschreibuugen bestellt

---

1) Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte §§. 358. 361 a. 450.

2) Ders. §§. 286. 565.

3) Jedoch nicht zu verwechseln mit dem äußersten Recht, Jus eminens. Klüber öff. R. des deutschen Bundes §. 551.

4) Eichhorn a. a. O. §. 564.

werden könne. Dennoch kann dies so wenig gemeines Recht [1]), obwohl das Partikularrecht jetzt ohne Ausnahme darin übereinstimmen mag, genannt, als auf andere als vertragsmäßige Pfandrechte ausgedehnt werden. Aus dieser Verschmelzung haben sich nun nach und nach folgende Grundsätze gebildet.

Jedes Pfandrecht an einer unbeweglichen Sache [2]), oder einem Rechte an dieser, erfodert gegenwärtig zu seiner vollen Gültigkeit die Zustimmung (Consens) und Bestätigung des Richters, unter dessen Gerichtsbarkeit [3]) die Grundstücke gelegen sind [4]), wozu dieser aber nicht nur berechtigt, sondern mit Berücksichtigung der nachher folgenden Bestimmungen auch verpflichtet ist; die Verpfändung beweglicher Sachen und Rechte an solchen hingegen, auch wenn sie sonst den unbeweglichen gleichgeachtet werden, wird nach reinrömischem Rechte beurtheilt. Der Bestätigung pflegt (denn der Richter unterläßt sie nur auf eigene etwanige Gefahr) eine vorgängige Untersuchung voranzugehen, der dann jene mittelst eines Dekrets folgt [5]). Die Untersuchung [6]) richtet sich sowohl auf die Fähigkeit des Schuldners, sein Vermögen zu verpfänden, als auf den Werth und die Beschaffenheit des Pfandes, um zu ermitteln, ob dasselbe hinreiche, die beabsichtigte Sicherheit zu gewähren, als auch endlich auf die Hauptfoderung selbst, von der das Pfandrecht abhängt [7]). Da die Bestätigung eine der wichtigsten richterlichen Handlungen

---

1) S. bei Eichhorn Anm. 6. das Beispiel aus dem Baierschen Landrecht v. 1518, welches die Hypothecirung der Grundstücke rein nach R. R. annimmt.

2) Partikularrechtlich sind davon häufig die vorbehaltenen wegen rückstelliger Kaufgelder ausgenommen; s. *Gottschalk* Discept. II. p. 164.

3) Patrimonialgerichte können hier eigenthümliche Fragen veranlassen, z. B. über die Gültigkeit der vor ihnen vom Gutsherrn bestellten, und der vom Gerichtshalter an eigenen darunter gelegenen Grundstücken bestätigten Hypotheken; s. Martin Jahrbücher u. s. w. Bd. III. S. 189. Schirach Beiträge, Abhandl. V.

4) Vgl. Strube rechtl. Bedenken I. 267. S. 417. u. 270. 421. Jurist. Zeitung für Hannover Bd. V. S. 72. Kritisches Archiv der neuesten rc. Literatur rc. Bd. V. S. 184. u. 521.

5) Glück XVIII. S. 294 ff.

6) S. Bülow u. Hagemann Erörter. VIII. 1. S. 91. *Kind* Quaest. for. III. Cap. 23. *Gottschalk* Discept. III. Cap. 17.

7) S. Geiger und Glück's Rechtsfälle Bd. II. S. 78.

ist, so erfodert die Praxis [1]), daß dieselbe, wenn das Gericht aus mehreren stimmführenden Mitgliedern besteht, das Collegium ertheile. In der dem Richter auferlegten Pflicht der vor Ertheilung des Dekrets anzustellenden Untersuchung ist seine Verantwortlichkeit für dabei begangene Versehen im Allgemeinen begründet; über den nähern Maaßstab derselben giebt es sehr abweichende Meinungen, die vom völligen Freisprechen von aller Verbindlichkeit zu haften anheben. Allein, daß diese letztere jedenfalls im Allgemeinen begründet sei, folgt aus der Verpflichtung des Richters, für seine amtliche Thätigkeit einzustehen; für den Maaßstab aber lassen sich doch, wenn auch natürlich die Umstände in einzelnen Fällen vor Allem berücksichtigt werden müssen, nach allgemeinen rechtlichen Analogien zwei Hauptgrundsätze aufstellen, die auf einer Unterscheidung beruhen, welche sich durch sich selbst rechtfertigt [2]): Erstens, wenn der Gläubiger die Sicherheit allein auf seine Gefahr verlangt, und die Erörterung der Umstände als ohne allen Einfluß auf diese Erklärung entweder verbittet, oder dessen ungeachtet bei dieser beharrt, die richterliche Mitwirkung also nur darum in Anspruch genommen wird, weil sie für die volle Gültigkeit der Verpfändung unerläßlich ist, so haftet der Richter für nichts, als die gesetzliche Form der Handlung, d. h. deren Bestehen als solcher; sein weiteres Eingreifen, wie alle übrige Verantwortlichkeit, ist durch die Erklärung des Betheiligten erledigt. Diese muß aber eine ausdrückliche sein, und sich klar und ohne allen Zweifel herausstellen. Wenn Zweitens aber, was allemal zu vermuthen ist, die Betheiligten gewöhnlichermaßen sich an den Richter wenden, um die vorgetragene Pfandbestellung zu bestätigen, also um volle Sicherheit zu erhalten, so tritt der Fall ein, wo der Richter zu der vorhergedachten Prüfung gehalten ist, und er dem Gläubiger vermöge des darauf ertheilten Dekrets, in folgenden Fällen für erwachsenden Schaden verantwortlich wird: 1) wenn er denselben mit den schon bestehenden pfandrechtlichen Verhältnis-

1) Glück a. a. O. Böhmer Rechtsfälle Bd. II. S. 225 ff.

2) Vergl. auch Glück a. a. O. S. 297.

sen aller Art der zu verpfändenden Gegenstände, soweit er sie kennen muß und kennen kann, nicht unterrichtete, und jener durch auftretende ältere ihm nicht gehörig, oder gar nicht bekannt gemachte Pfandgläubiger Einbuße erlitten hat. **2)** Wenn er in Verpfändung von Grundstücken willigte, welche der freien Verfügung des Verpfänders nicht unterliegen, oder wenn ihm diese wegen mangelnder persönlicher Fähigkeit abging. **3)** Wenn er in Verpfändung der Grundstücke über den, bei ermangelnder anderer Werthsannahme (z. B. durch Verständigung zwischen Gläubiger und Verpfänder) durch gesetzliche Schätzung zu ermittelnden Werth gewilligt hat. — In der letzten Beziehung sind partikularrechtlich häufig bestimmte Vorschriften vorhanden, über welche Summe hinaus (z. B. zwei Drittheile des Werths) der Richter die Bestätigung nicht ertheilen soll, das heißt mit andern Worten: nur auf Gefahr des Gläubigers; eine solche Vorschrift unterscheidet sich von der allgemeinen Verantwortlichkeit darin, daß der bestätigende Richter dann schon für den innerhalb der Werthssumme (bis zu deren zwei Drittheilen herab) entstehenden Schaden so weit haften muß, als er innerhalb jener nur bestätigen durfte. — **4)** Muß der Richter auch ohne Zweifel für die Gültigkeit des Hauptgeschäfts einstehen, wofür das Pfandrecht bestellt wird [1]. — Drittens ist der zwischen den ersten beiden in der Mitte liegende Fall noch denkbar, daß die Betheiligten die richterliche Mitwirkung bei der Verpfändung nur für die Hypothekangelegenheit in Anspruch genommen, und die der Hauptfoderung gänzlich davon ausgeschlossen haben; dann ergiebt sich nach dem Vorstehenden von selbst, wofür der Richter zu haften habe, und wofür nicht.

So sehr nun auch dem Richter bei Aufnahme der gerichtlichen Handlungen zu rathen ist, den Antrag der Betheiligten genau auszudrücken und die Bestätigung danach sorgfältig abzuwägen, so kann man doch auf der andern Seite auch dem Richter nicht alle Verantwortlichkeit so auf-

---

1) Glück a. a. O. S. 298.

bürden, daß er dem Gläubiger auch dann für Schaden stehen müsse, wenn dieser selbst das wußte und kannte, was der Richter ihm nur zu eröffnen gehabt hätte. Kennt nemlich der Gläubiger die Hypothekverhältnisse und vermag er sonst auch das Uebrige zu beurtheilen, was der Wirksamkeit des Pfandrechts und der Hauptfoderung entgegensteht, so kann eine Vernachlässigung der richterlichen Amtsobliegenheiten den Richter nicht verantwortlich machen, weil der Gläubiger dann zunächst durch eigene Schuld leidet. Denn Niemand ist dem überhoben, für sein eigenes Bestes zu sorgen und zu wachen, noch berechtigt, den Richter als seinen Geschäftsbesorger zu betrachten, oder gewissermaßen dessen Unachtsamkeit betrüglich zu benutzen, um sich Vortheil zu stiften und ihn in Schaden zu bringen. Ist endlich hier die Vermuthung auch gegen den Richter, so wird doch Niemand die Mißlichkeit der Entschädigungsklage verkennen.

Ist ferner nach besondern deutsch- und lehnrechtlichen Eigenthumsverhältnissen die Einwilligung des Ober- oder Grund- oder Lehnsherrn erfoderlich, um Grundstücke und Rechte an solchen zu erwerben, so erlangt die Verpfändung derselben ebenfalls nur durch die Ertheilung jener volle Gültigkeit. In dieser Hinsicht [1]) können noch einzelne besondere Vorschriften zu beobachten sein und Folgen nach sich ziehen, wenn z. B. diese Einwilligung nur auf eine gewisse Zeit ertheilt, oder nach Ablauf einer solchen Erneuerung nachzusuchen ist; deren Entwickelung gehört aber nicht hierher, da sie nicht gemeinen Rechtens sind.

Dagegen ist aber die Frage hier zu erwägen, ob im Zusammenhalt mit den vorgetragenen Grundsätzen über die Consensertheilung und Bestätigung der Pfandrechte an Grundstücken, von Seiten des behörigen Grundrichters, die dessen ungeachtet geschehene Privatverpfändung eines Grundstücks gar keine Folgen nach sich ziehe? Dieselbe ist nach der richtigen Ansicht S. 280., daß jene deutsch-rechtliche Einrichtung nicht vermöge gemeinen Rechts, sondern nur partiku-

---

1) S. Overbeck Meditat. IV. S. 70.

larrechtlich besteht, zu bejahen, und zwar nicht blos so, daß in den Ländern, wo noch heutigen Tages das reine römische Pfandrecht gelten mögte, die Privatverpfändung der Grundstücke — auch in allgemeinen Hypotheken, — natürlich volle Kraft hat, sondern sie hat auch in denjenigen, wo Consensertheilung und Bestätigung der Hypotheken vorgeschrieben ist, wenigstens die Wirkung, daß die Hypothek vermöge des reinen Pfandvertrags wider den Verpfänder und seine Erben, so wie gegen dritte Besitzer, welche das Grundstück nicht mit gerichtlicher Bestätigung besitzen, gewöhnlichermaßen verfolgt werden kann, und im Concurse auch vor den blos handschriftlichen Gläubigern dann den Vorzug gewährt. Dies gilt auch sogar von den Lehngütern wider die simultanee investitos, wenigstens um sich aus den Früchten des Lehns bezahlt zu machen [1]). Nach altem sächsischen Rechte [2]) wird jedoch dazu mindestens eine quasi-öffentliche Urkunde erfodert.

Bei Verpfändung beweglicher Sachen ist, wie schon oben bemerkt worden, eine Bestätigung nicht erfoderlich, und wenn sie geschehen ist, ohne alle ähnliche rechtliche Wirkung, wie vorher von der bei Grundstücken gezeigt worden. Für solche gilt nur der reinrömische Begriff der öffentlichen Urkunden. Die Ausstellung dieser ist heutzutage der römischen analog, d. h. deren Hauptkennzeichen die gerichtliche Anerkennung der Urkunde nach Inhalt und Unterschrift [3]). — Nach römischem Rechte kann jedes Privatpfandrecht in ein öffentliches verwandelt werden — oder vielmehr wird durch Bestellung des öffentlichen das private aufgehoben, S. **273**; — nach deutschem ist dies zwar ebenfalls möglich, und es müssen auch für die an Grundstücken bestellten außergerichtlichen Pfandrechte [4]), wenn darüber öffentliche (nicht bestä-

---

1) S. *Kind* Quaest. II. XCI. S. 461. *Gottschalk* Discept. II. p. 165.

2) Dazu die Sächs. Constitutionen von 1572. V. II. 23. und die alte sächs. Proceß-Ordnung Tit. 46. §. 3.

3) Brinkmann Rechtsf. I. S. 64. 70. 72.

4) Vgl. Bülow und Hagemann Erörter. VI. S. 314. u. II. S. 327. besonders über die damit nicht zu verwechselnde Verwandlung in eine gerichtlich bestätigte Hypo-

tigte) Urkunden später aufgenommen werden, diese in der vorgedachten Beschränkung ihr Uebergewicht vor etwanigen zusammentreffenden aus bloßen Privaturkunden geltend machen; der Begriff der Verwandlung ist aber nur in dieser Beschränkung denkbar, und darum hiernach modificirt.

Dagegen kann aber wohl der Schuldner für eine schon contrahirte Obligation und außergerichtlich dafür bestellte Hypothek einseitig um deren richterliche Bestätigung nachsuchen; die Genehmigung des Gläubigers zeigt sich nemlich bei mangelnder Verabredung, welchen Falls der Schuldner wie ein Bevollmächtigter handelt [1]), durch Annahme der Urkunde. Partikularrechtlich ist hier vielfach geändert, z. B. Specialvollmachten erfodert, und vorgeschrieben, daß der Richter dem Specialbevollmächtigten die Hypothekverhältnisse mündlich und zu Protocoll eröffnen solle. Allein wenn für bereits bestehende außergerichtlich contrahirte Schulden ein Pfandrecht bestellt werden soll, so daß jene Verhältnisse den Gläubiger gar nicht etwa mehr abhalten können, dem Schuldner zu leihen, so ermangelt es für die Anwendung solcher Vorschriften und Einschränkungen nicht nur an allem vernünftigen Grunde, sondern solche gefährden auch unleugbar den Gläubiger, dem doch mit einer wenn auch nicht absoluten Sicherheit mehr gedient sein muß, als mit gar keiner. — Die Bestätigung einer Pfandbestellung auf des Gläubigers einseitigen Antrag ist hingegen ganz ungültig.

Für die gleichsam öffentlichen Urkunden ist noch zu bemerken, daß gegenwärtig besonders die Notariatsurkunden dazu gehören [2]); zu den von drei Zeugen unterschriebenen Urkunden erfodert die deutsche Praxis: Bekanntmachung der ersteren mit dem Gegenstande [3]).

---

thek. S. noch Nettelbladt's Rechtsspr. VI. S. 58.

1) Glück a. a. O. S. 300.

2) S. Hurlebusch Erörter. II. S. 154. Bülow und Hagemann's Erörter. I. S. 312. 329. VI. 295. Berg Beobacht. I. Th. S. 263.

3) Jurist. Zeitung für Hannover Bd. II. S. 116.

§. 31.

Vom nothwendigen Pfandrechte.

Das nothwendige Pfandrecht entspringt entweder unmittelbar aus dem Gesetze, unter der Voraussetzung des Vorhandenseins gewisser Thatsachen, oder durch Verfügung des Richters. Im ersten Fall wird der Wille der betheiligten Personen als stillschweigend erklärt angenommen [1]), und zwar nicht blos vermuthungsweise, so daß ein Gegenbeweis zulässig wäre [2]), sondern dergestalt, daß nichts als ausdrücklicher Verzicht von Seiten des Gläubigers das Pfandrecht abwendet [3]). Das durch Verfügung des Richters begründete Pfandrecht entsteht zwar sogar wider den Willen des Schuldners, allein es findet auch hier Behufs der juridischen Erklärung dieser Erscheinung die Annahme eines Ersatzmittels für die Einwilligung Statt (s. §. 38. und ob. S. 11.). Das erstere heißt im Besondern gesetzliches Pfandrecht (pignus legale) und ist stets Hypothek, oder wegen der vorausgesetzten stillschweigenden Einwilligung, auch stillschweigendes (tacitum) und zum Unterschied von andern, gesetzliches stillschweigendes Pfandrecht. Unrichtig ist es aber, das gesetzliche Pfandrecht aus dem angeführten Grunde für eine Art des freiwilligen zu halten; die Voraussetzung der Einwilligung geschieht ja nur, um die gesetzliche Anordnung juridisch zu begründen, und ist nicht Veranlassung dazu; der Entstehungsgrund des Pfandrechts ist also das Gesetz unmittelbar selbst [4]).

Das durch richterliche Verfügung entstehende Pfandrecht ist nach römischem Rechte von doppelter Art: erstlich,

---

1) Fr. 4. pr. *In quib. css. pignus.* — Eo jure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit, in rusticis praediis contra observatur. (NER. 1. *membr.*) Fr. 6. *eod.* — Licet in praediis urbanis tacite solet conventum accipi, ut perinde teneantur invecta et illata, ac si specialiter convenisset, certe *etc.* (ULP. 73. *ad Ed.*) vgl. Fr. 4. *de Pactis.* C. 2. 3. *In quib. cssis pignus.* — Uebrigens aber: Nullo verbo praecedente sed ipsa lege indicuntur, C. 1. *Communia de legatis.*

2) Meißner vom stillschw. Pfandrecht §. 16.

3) Ders. §. 49.

4) S. hier Anm. 1.

das prätorische, beruhend auf der Einweisung in den Besitz, sei es eines einzelnen Gegenstandes, oder eines ganzen Vermögens; zur Entstehung desselben wird auch besonderer Antrag des Gläubigers erfodert. Im Grunde ist es nichts weiter, als ein Mittel, die Hülfe wegen einen Beklagten zu vollstrecken, oder vorläufige Sicherung wegen rechtlich begründeter schon bescheinigter Ansprüche zu treffen. Darum ist ihm die zweite Art dieses Pfandrechts sehr ähnlich, das sogenannte richterliche (judiciale), welches die wirkliche Vollstrekkung der Hülfe aus einem rechtskräftigen Erkenntniß begründet. Das erstere ist wenigstens in seiner Allgemeinheit in Deutschland als außer Gebrauch gekommen zu betrachten; denn als Grundlage [1]) des deutschen Hülfsverfahrens ist im Allgemeinen das neuere römische mittelst Auspfändung (Pignorum capio) anzusehen, nur daß bei der sich im Mittelalter bildenden [2]) Einweisung des Gläubigers in unbewegliche Güter des Schuldners, d. h. die wirkliche Einsetzung in den Besitz zur Abnutzung der Früchte, die prätorische Einweisung aus dem ersten und zweiten Dekret vorgeschwebt haben mag.

Auf beiden Wegen wird ein wirkliches wahres Pfandrecht gleich dem vertragsmäßigen oder gesetzlichen erworben [3]).

§. 32.

Von dem gesetzlichen Pfandrechte.

Der Grund zur Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts läßt sich nicht auf einfache Merkmale zurückführen, als daß, freilich sehr im Allgemeinen, die Billigkeit genannt werden kann [4]); nur etwa von folgenden beiden Hauptmo-

1) Heffter Institut. des Civil-Processes S. 552.

2) Laienspiegel Bl. CXXI.

3) Fr. 10. *Qui potiores.* — Si et jure judicatum, et pignus in caussa judicati ex auctoritate ejus, qui jubere potuit, captum est, privileglis temporis fore potiorem heredem ejus, in cujus persona pignus constitutum est. (ULP. 1. *resp.*) vgl. C. 1. 2. *de Praet. pign.*

4) Vgl. Fr. 17. §. 1. Fr. 19. §. 1. *de Reb. auctoritate jud. poss.* C. 12. §. 1. *Qui potiores.*

menten paßt eines oder das andere auf fast alle gesetzliche Pfandrechte:

1. Begünstigende Berücksichtigung für gewisse Personen, physische wie moralische, vermöge solcher Umstände, die sie verhindern, auf ihre eigene Angelegenheiten die gehörige Sorge zu verwenden, oder ihre Vertretung durch Andere unbedingt nöthig machen.

2. Eine gleiche Berücksichtigung der nothwendigen oder nützlichen auch ursachlichen Verwendung der Hauptfoderung, wofür das Pfandrecht entsteht, auf den Gegenstand selbst, woran es Statt hat.

Das gesetzliche Pfandrecht, welches schon verfeinerte Rechtsbegriffe voraussetzt, hat sich sehr allmählig gebildet, und viele einzelne Arten desselben sind erst von Justinian selbst noch eingeführt worden. Das Alter der letzten läßt sich daher bestimmt, und das der ersten unter der Voraussetzung nachweisen, daß das Alter der Rechtsgelehrten, in deren Bruchstücken, und der kaiserlichen Constitutionen, worin sie zuerst aufgeführt gefunden werden, dafür als entscheidend angesehen werden darf.

Hiernach erscheint als das älteste Beispiel das Pfandrecht des Verpächters eines Grundstücks an den darauf gebaueten Früchten. Das Alter desselben hängt von dem der Servianischen Klage, also dem ihres Begründers, des Prätor Servius ab [1]), indem diese Klage ursprünglich für den Verpächter ertheilt ward (s. §. 59. a.). Wohl eben so alt ist das auch zuweilen für älter gehaltene [2]) Pfandrecht des Vermiethers eines Hauses an des Miethsmanns eingebrachten Sachen, welches Neratius, zur Zeit Trajans, erwähnt [3]), Justinian aber erst allgemein auf das ganze Reich ausdehnte [4]), während es bis dahin besonderes Recht der beiden Hauptstädte, beider Roma und ihres Gebietes, gewesen war. Dies hat nach klaren Andeutungen in den Gesetzen die Gewohnheit, sie ausdrücklich zu verpfänden, zu-

---

1) Hugo R. Gesch. S. 493. (10. Aug.) Mayer Tüb. Jahrb. Bd. II. S. 73. 75.

2) Schweppe R. Gesch. §. 288.

3) Fr. 4. pr. *In quib. css. pign.*

4) C. 7. *eod.*

letzt als sich von selbst verstehend auch da annehmen lassen, wo es nicht geschehen war [1]). Nach diesen kommen gleichzeitig unter Marcus Aurelius die Pfandrechte an dem wiederhergestellten Gebäude für Das, was dazu vorgeschossen worden [2]), und das des Fiskus an der steuerpflichtigen Sache [3]), welches [4]) ohne Zweifel eine sehr allmählige Ausbildung vom Privilegium exigendi an hatte. Unter Caracalla [5]) findet es sich auf das ganze Vermögen des Steuerpflichtigen ausgedehnt; ebenso das an dem Vermögen des Contractsschuldners [6]), was Alles mit dem bekannten Geiz und den Finanzspeculationen dieses Kaisers in Zusammenhange stehen wird. Hiernächst folgen die Pfandrechte der Unmündigen, worüber man aber nicht ganz einig ist. Das Pfandrecht an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen nemlich ist zwar wahrscheinlich unter Kaiser Severus entstanden [7]); ob aber das allgemeine derselben erst unter Constantin [8]), oder auch schon unter Marcus Aurelius, ist streitig [9]); doch ist das letztere [10]) schon darum wahrscheinlicher, weil jenes besondere Pfandrecht nur als eine Ausdehnung und weitere Ausbildung des, schon also nothwendig zunächst bestehenden, am Vermögen des Vormundes erscheinen mag [11]). Justinian dehnte es auf die Wahnsinnigen aus. Unter Kaiser Alexander erwähnt Paulus der Hypothek eines Ehegatten an den Sachen, die sich der andere mit dem von jenem geschenkt erhaltenen Gelde gekauft hatte; und unter Theodosius nnd Valentinian wurde das Pfandrecht

---

1) Fr. 4. pr. *de Pactis.* — Item, quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit. (PAUL. 3. *ad Ed.*) coll. Fr. 61. §. 8. *de Furtis* und S. 286. (1.)

2) Fr. 1. *eod.*

3) Fr. 5. §. 2. *de Censibus.*

4) S. Spangenberg im Archiv XI. 454 ff.

5) C. 1. *In quib. css. pign.*

6) S. C. 2. *eod.* vgl. Fr. 21. pr. *Qui potiores.* Auctor anon. de Jure fisci §. 5. Zimmern a. a. O. S. 294. Glück XIX. 67.

7) Fr. 3. pr. *de Reb. eor. qui sub tutela.* C. 6. *de Servo pignori dato.*

8) Schweppe a. a. O.

9) Westphal §. 104.

10) Abgesehen sogar von Gothofredus Gründen ad Cod. Theod. III. 49. 1., die sich am besten auf C. 17. *de Admin. tut.* und C. un. *Ne tut. vel cur.* stützen.

11) Eine sehr gründliche Beweisführung s. bei Glück XIX. S. 142.

der Unmündigen auf das Vermögen des Stiefvaters ausgedehnt, wenn sich die Mutter mit denselben aus erster Ehe nicht auseinandergesetzt, sondern ohnedies wieder verheirathet hatte. Unter Leo und Anthemius kommt das Pfandrecht der Kinder erster Ehe wegen des durch die zweite Ehe des überlebenden Theils ihrer Eltern erworbenen Vermögens vor [1]). Alle übrigen gesetzlichen Pfandrechte sind erst von Justinian selbst eingeführt.

Da dieselben auf besondern Vorschriften beruhen, so ist, im Fall zweifelhafter Deutung, strenge Auslegung erfoderlich, und analoge Ausdehnung nur mit großer Vorsicht zulässig. — Sie sind entweder allgemeine oder besondere Pfandrechte; die Eintheilung in gemischte ist zu verwerfen [2]).

---

1) C. 6. §. 2. *de Secundis nuptiis.*

2) Fritz a. a. O. S. 427.

Fünfter Abschnitt.

Von den einzelnen nothwendigen Pfandrechten im Besondern.

---

§. 33.

Von den besondern gesetzlichen Pfandrechten.

Hierher gehören folgende Pfandrechte:

I. A. Das des Verpächters städtischer Grundstücke (praedia urbana), wegen der Contractsverbindlichkeiten des Miethers, — auch der minderjährigen und anderer Personen, die sonst schlechthin kein vollgültiges Pfandrecht bestellen können, wenn der Contract gültig ist [1]) — an den hineingeschafften Sachen (res invectae et illatae) [2]). Unter solchen Grundstücken werden nicht blos Gebäude, sie seien in oder außerhalb einer Stadt, Dorfes u. s. w., also auch einzeln im Felde gelegene, sondern auch ebenso gelegene leere Räume, Plätze, Höfe u. s. w. verstanden, insofern ihr Zweck nicht ist, natürliche Früchte zu tragen [3]); dies ist das Hauptunterscheidungszeichen, indem bekanntlich in der Lehre vom Pfandrecht der Begriff des praedium urbanum eine

---

1) s. S. 217. (2.)

2) Fr. 3. *In quib. css. pign.* — Si horreum fuit conductum, vel diversorium vel area, tacitam conventionem de invectis, illatis, etiam in his locum habere putat Neratius. (ULP. 73. *ad Ed.*) Fr. 4. pr. *eod.* (S. 286.) — Fr. 4. *de Pactis.* (S. 288.)

3) Vgl. Fr. 198. *de V. S.* — Urbana praedia omnia aedificia accipimus, non solum ea, quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis et in vicis, vel si praetoria voluptati tantum inservientia, quia urbanum praedium non locus facit, sed materia, (ULP. 2. *de o. Tr.*) ferner Fr. 1. pr. *Commun. praed.* Fr. 211. *de V. S.* *Donell.* p. 440.

ausgedehntere Anwendung als in der von den Dienstbarkeiten leidet [1]). So gehören dort z. B. Bleich- und Trockenplätze, leichte stallartige Hordenschläge oder Umrückungen, etwa für Schaafheerden im freien Felde, zu den praediis urbanis [2]). Wenn nun Grundstücke zwar entweder natürliche Früchte gewähren, allein doch nicht zu dem Zweck verpachtet sind, oder verpachtete Grundstücke sowohl fruchttragende als nichtfruchttragende Theile enthalten, so muß als Richtschnur der Unterscheidung städtischer von ländlichen Grundstücken einmal der Zweck deren Erpachtung, und wenn dieser nicht zu ermitteln, oder nicht bestimmt ausgedrückt ist, die Natur der Sache und die Beschaffenheit des Grundstücks betrachtet werden. Hiernach ist also ein mit fruchttragenden Bäumen besetzter Trockenplatz, wenn er der Bäume wegen erpachtet wird, als ein ländliches Grundstück zu betrachten; wenn hingegen, um davon den gewöhnlichen Gebrauch zu machen, ungeachtet der Bäume, als ein städtisches. Wenn ferner ein Wiesenfleck zum Bleichen gebraucht wird, wo ohnedies Gras wachsen würde, so ist er dennoch als ein städtisches Grundstück zu betrachten. Wenn ein Landgut mit Wirthschaftsgebäuden verpachtet wird, so kann der Begriff des städtischen mit dem ländlichen Grundstück zusammenfallen; sind die Gebäude aber als Nebensache darum zu betrachten, weil sie zwar zu dem eigentlichen Zweck der Bewirthschaftung bestimmt, jedoch nicht dazu gebraucht werden, etwa weil der Pächter andere dergleichen in der Nähe hat, so waltet für dieselben nicht einmal dann der Begriff der städtischen Grundstücke vor, wenn der Pächter hin und wieder, nicht in der Absicht fortwährenden regelmäßigen Gebrauch davon zu machen, Sachen und Geräthschaften dort untergebracht hat [3]); umgekehrt können auch wirklich fruchttragende Grundstücke zu den städti-

---

1) Fr. 4. §. 1. *In quibus caussis pignus.* — Stabula quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum ex numero habenda sint, dubitari potest; et quidem urbanorum sine dubio non sunt, quum a ceteris aedificiis separata sint. Quod ad caussam tamen talis taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis praediis differunt. (MARC. *l. l.*) S. *Donell.* p. 441 sq.

2) Glück XVIII. S. 411 ff. *Donell.* p. 445.

3) *Donell.* l. l. p. 448.

schen gerechnet werden, z. B. Gärten an Häusern, als deren Zubehör, letztere müßten denn etwa blos der erstern wegen erpachtet sein [1]).

Das Pfandrecht des Verpächters erstreckt sich auf diejenigen in das Grundstück hineingeschafften und gebrachten Sachen [2]), welche dem Pächter gehören, und in Bezug auf die Miethe dahin gebracht sind [3]); andere ihm gehörige Sachen werden so wenig Gegenstand des Pfandrechts, als Andern gehörige; denn von letzteren kann, wenn zwar die Verpfändung fremder Sachen durch Vertrag Verpflichtungen zwischen den Contrahirenden nach sich ziehen kann, dennoch dieser hier nicht vermuthet werden, worauf eben dieses ganze Pfandrecht, wie S. 288. gezeigt worden, beruhet. Dagegen sind darunter wiederum Sachen begriffen, die sonst bei einem allgemeinen vertragsmäßigen Pfandrechte nicht als verpfändet betrachtet werden, z. B. Hausgeräth, Handwerkszeug, Bibliotheken [4]); dies darf darum angenommen werden, weil von deren ausdrücklicher Verpfändung wahrscheinlich dieses Pfandrecht überhaupt seinen Anfang genommen hat [5]).

Man muß also für die Gegenstände dieses Pfandrechts die allgemeine Regel so fassen [6]), daß darunter 1) alle die-

---

1) Fortsetz. von Fr. 198. *de V. S.* — Proinde hortos quoque, si qui sunt in aedificiis constituti, dicendum est, urbanorum appellatione contineri. Plane si plurimum horti in reditu sint, vinearii forte, vel olitorii, magis haec non sunt urbana. Cf. Fr. 91. §. 5. *de Leg.* III.

2) Ueber die nähere Analyse der res invectae et illatae nach Theophilus s. Glück Bd. XVIII. S. 415.

3) Fr. 7. §. 1. *In quib. css. pignus.* — Videndum est, ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola, quae ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint? Quod magis est. (POM. 13. *ex var. lect.*) Glück a. a. O. S. 416. (94.) hat wahrscheinlich gemacht, daß diese Stelle vom vertragsmäßigen Pfandrecht zu verstehen sei, wie Fr. 32. *de Pignorib.* Indessen können ohne allen Zweifel die für das vertragsmäßige Pfandrecht in diesem Fall geltenden Grundsätze, — z. B. eos duntaxat, qui hoc animo a domino inducti essent, ut ibi perpetuo essent, non temporis caussa accomodarentur, obligatos, vergl. auch Fr. 1. §. 5. *de Migrando*, u. Fr. 6. *In quib. causs. pign.*, darum auf das gesetzliche zur Anwendung gebracht werden, weil dies ausdrücklich für eine Nachahmung des erstern erklärt wird.

4) Glück XVIII. S. 416. *Caplick* Vindiciae — de generali et special. hypoth. 1810. p. 81.

5) Glück XVIII. S. 407. 8.

6) S. Overbeck Medit. IV. S. 262. u. 258. vgl. Gans Beitr. S. 485.

jenigen wirklich hineingeschafften [1]) Sachen begriffen sind, deren wegen das Gebäude (oder Gemach) gemiethet ist; und 2) diejenigen, deren der Miether beim Wohnen darin bedarf, und deshalb dort hat, nicht aber alle seine übrigen Sachen, die er auch anderswo haben könnte; daran kann nicht einmal ein Innebehaltungsrecht ausgeübt werden. Wissenschaft des Vermiethers ist aber nicht nöthig, die Sachen haften von selbst, sobald sie eingebracht sind [2]).

Dieses Pfandrecht soll alle Foderungen decken, welche aus dem Miethscontract entspringen, mithin nicht blos die für den Miethszins, sondern auch z. B. für Verschlechterungen [3]), wesfalls die Miethsklage zuständig ist. Es setzt dazu aber auch einen Miethscontract als durchaus nothwendig voraus; wohnt Jemand umsonst in einem Hause, so haften seine hineingeschafften Sachen nicht pfandweise für etwa entstehende Verpflichtungen zu Schadensersatz [4]); dies gilt sogar dann, wenn der wirkliche Miether einem Andern die Wohnung unentgeldlich eingeräumt hat [5]).

Der Aftervermiether hingegen hat in ganz gleicher Maaße ein Pfandrecht an seines Miethsmannes Sachen, wie sein eigener Vermiether an den seinigen, allein die erstern haften zugleich dem ersten Vermiether für des Aftervermiethers Schuld, jedoch nur bis auf Höhe dessen Foderung an den Aftermiether, so daß, wenn der letztere dem zweiten nichts mehr schuldig ist, der erste ursprüngliche Vermiether

---

1) C. 5. *In quibus caussis pign.*

2) Nach Anleitung von C. 5. *de Locato et cond.* — Certi juris est ea, quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis praediorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini; nam ea quoque pignoris jure tenentur; — welche übrigens von vertragsmäßigen Pfändern zu verstehen ist, s. Seuffert a. a. O. S. 106. und Weber Vers. II. S. 79. daher das voluntate dominorum, s. u. S. 296. Anm. 3.

3) Fr. 2. *In quib. css. pignus.* — Pomponius lib. 40. var. lect. scribit, non solum pro pensionibus, sed et si deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, quo nomine ex locato cum eo erit actio, invecta et illata pignori erunt obligata. (MARC. *l. l.*)

4) Overbeck Meditationen IX. S. 224.

5) Fr. 5. pr. *eod.* — Si gratuitam habitationem conductor mihi praestiterit, invecta a me domino insulae pignori non esse. (POM. 13. *l. l.*)

keinen Anspruch an den Sachen jenes erheben kann [1]). Es wird nemlich hier ein stillschweigender Vertrag zwischen dem ersten Vermiether und dem Aftermiether, die sonst in keinem Rechtsverhältniß mit einander stehen, angenommen [2]), der seinen erklärenden Grund zunächst darin findet, daß der Verpfänder nicht der Schuldner zu sein braucht. — Uebrigens ist der Umfang der Wirkungen dieses Pfandrechts nach besondern Grundsätzen zu beurtheilen, s. u. §. **50.**

B. Das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters eines ländlichen Grundstücks an den Früchten, die darauf, gleichviel ob vom Pächter oder dessen Afterpächter, oder wem sonst gewonnen worden, für die Contractsfoderungen [3]), und zwar ohne Beschränkung bis auf die etwanige geringere Afterpachtsumme, wie beim Aftermiether. Da die Früchte erst durch die Trennung dem Pächter gehörig werden [4]), und bis dahin ein Theil des Grundstücks, also Eigenthum des Verpächters sind [5]), so folgt daraus, daß der Begriff des Pfandrechts erst dann entstehen und dieses selbst anfangen könne. Es muß aber auch sich der Pächter oder Afterpächter in den Besitz der getrennten Früchte durch Trennung gesetzt haben, um dieses Pfandrecht für den Verpächter wirksam zu machen, sei es gegen jene oder einen dritten Besitzer; hat letzterer sie ohne den Willen jener für sich bezogen, so tritt das Pfandrecht nicht ein [6]), doch muß in diesem Fall dem Verpächter gegen den Dritten die Diebstahlsklage darum, weil die Früchte

---

1) Fr. 11. §. 5. *de P. A.* — s. o. S. 177 ff. Eine entgegengesetzte Meinung, welche nur dem Aftervermiether ein Pfandrecht beilegt, nicht dem ersten Vermiether, aber auf einer falschen Auslegung dieser Stelle beruhet, ist sehr genügend von Glück XVIII. S. 429 — 37. widerlegt. S. auch Mühlenbruch Cession S. 317. Anm. 143.

2) S. o. S. 177 ff.

3) Fr. 7. *In quibus css. pignus.* — In praediis rusticis fructus qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit. (POM. 13. *l. l.*) — Fr. 24. §. 1. *Locati.* — Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur, sed fructus in caussa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset. (PAUL. 34. *ad Ed.*)

4) Savigny Besitz S. 22 a. (4. Ausg.)

5) Fr. 44. *de R. V.* — Fructus pendentes pars fundi videntur. (GAI. 29. *ad Ed. prov.*)

6) Glück XVIII. S. 448. vgl. VIII. S. 260. (62.)

ihm, so lange sie mit dem Boden zusammenhängen, gehören, sie zu trennen aber Niemand, außer dem Pächter, oder wem dieser es bewilligt, ein Recht hat, mithin auch jenem entwendet werden, ebensowohl zustehen, als wenn sie der Pächter heimlich aberndtet und fortschafft, oder an seiner Statt etwa ein Käufer [1]), wider diese selbst. Es ist also durchaus eine gesetzmäßige, d. h. auf den Grund und nach der Natur des Pfandcontractes geschehene Trennung der Früchte erfoderlich, um die hypothekarische Klage, d. i. den Begriff des Pfandrechts, daran zu begründen. Eine Meinungsverschiedenheit ist jedoch darüber vorhanden, ob dieses Pfandrecht auch die hineingeschafften und gebrachten Sachen umfasse, indem man die dies verneinende Vorschrift der Pandekten [2]) durch den Codex [3]) aufgehoben glaubt; allein die-

---

1) Fr. 61. §. 8. *de Furtis.* — Locavi tibi fundum, et ut adsolet, convenit, uti fructus ob mercedem pignori mihi essent; si eos clam deportaveris, furti tecum agere posse ajebat. Sed et si tu alii fructus pendentes vendideris et emtor eos deportaverit, consequens erit, ut in furtivam caussam eos incidere dicamus. Etenim fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse, et ideo colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere, quod certe in proposito non aeque dicitur; qua enim ratione coloni fieri possint, cum emtor eos suo nomine cogat? — (AFR. 8. *Quaest.*)

2) Fr. 4. *In quib. css. pignus.*

3) C. 5. *de Locato.* — s. o. S. 294. Anm. 2. Diese Stelle ist bekanntlich vielfach gedeutet worden. Nach Weber's (Vers. über das Civil-R. S. 81 ff., er folgt dem Duaren, Baro, Connanus und Donell l. l. p. 451.) Erklärung, daß sie, die ländlichen Grundstücke anlangend, von einem pactum de inferendo handele, also von einem vertragsmäßigen Pfandrechte, welche der Gegensatz Quando autem etc. als von dem gesetzlichen redend, schon als richtig erkennen lassen mußte, muß eine Erklärung wie die Gesterdingsche S. 122 ff. billig auffallen, obwohl sie ehrlich genug ist, selbst zu gestehen, daß sie eigentlich gar nichts erkläre, sondern nur den Buchstaben des Gesetzes wiedergebe, womit man schon zufrieden sein müsse, weil es einmal so geschrieben stehe. Dieselbe offenbart darauf noch im Vertrauen, daß es am Ende doch nicht so unmöglich sein mögte, den rechten Sinn und Grund der Unterscheidung zu finden, wenn man der Meinung Raum gebe, die mit Willen des Eigenthümers in das ländliche Grundstück geschafften Sachen als tradirte zu betrachten; woran sich noch zuletzt das naive Bekenntniß schließt, daß es so eigentlich doch keine ganz ausgemachte Sache sei, nur dem Vermiether, nicht auch dem Verpächter, das gesetzliche Pfandrecht an den hineingeschafften Sachen zuzugestehen. — Hepp angef. Recens. S. 501. hat diese ungeordneten Gedanken genügend abgefertigt, und die Webersche Erklärung dagegen verwahrt; die Sache verhält sich einfach so: dem Verpächter haften gesetzlich nur die Früchte des Grundstücks; sollen ihm auch die hineingeschafften Sachen

selbe beruhet einzig und allein auf einer falschen Auslegung der letztern gemeinten Stelle [1]).

Nicht geringer ist der Zweifel, ob dieses Pfandrecht nur dem Verpächter, der zugleich Eigenthümer ist, oder auch jedem Dritten, (z. B. dem Nießbraucher, oder auch dem Afterverpächter) zustehe [2]). In den Beispielen der Rechtsquellen ist freilich von letzterm nirgends die Rede, und der Eigenthümer als Verpächter entweder genannt, oder doch vorausgesetzt zu denken; dennoch scheint mit Grund für die letztere Meinung die Analogie vom Aftervermiether angeführt werden zu können, zumal der Grund des Pfandrechts, der vermuthete Vertrag, bei einem gleichen Rechtsgeschäft derselbe bleiben muß. — Endlich sind auch die Foderungen nicht unbestritten, welche dieses Pfandrecht sichern soll [3]); allein die allgemeine Fassung der Gesetze, wie die Analogie vom Miethscontract der Gebäude, berechtigen zu dem Schluß, daß es sowohl den Pachtzins als andere Contractsfoderungen zu decken bestimmt sei.

---

verpfändet sein, so ist dazu ein besonderer Rechtsgrund erfoderlich. Dieser kann denkbarer Weise nur in einem Vertrage bestehen, und das bezeichnet hier voluntas, wie in Fr. 5. §. 1. *In quib. css. pignus.* — Item illud inquit videndum est, voluntate domini induci pignus ita posse, ut in partem debiti sit obligatum. — Vgl. noch besonders Glück XVIII. S. 444 ff. und 305. (36.) Die im deutschen Recht angeblich begründete entgegengesetzte Gewohnheit (s. ebenfalls bei Gesterding S. 135. nach Mevius), auch bei Landgütern die hineingeschafften Sachen als verpfändete anzusehen, ist mit nichts erwiesen, und ebenso müssen desselben Schriftstellers Versuche, die angeblich sich widerstreitenden Fr. 4. *In quib. css. pignus*, Fr. 24. §. 1. *Locati* und Fr. 7. §. 1. *In quib. css. pignus*, mit jener angeblichen Gewohnheit unter einen Hut zu bringen, nicht nur weil er im römischen Recht bei jedem Schritt, nach eigener Versicherung (S. 134.), auf Schwierigkeiten stößt, und auch in den Sätzen, die er schon festgewonnen zu haben glaubt, durch andere wieder erschüttert und ungewiß und in seinem Glauben wankend gemacht wird, (man stelle sich die Selbstaufopferung vor, ein solches Recht unverdrossen zu bearbeiten!) sondern auch besonders wegen Hepp's gründlicher Bemerkungen dagegen (a. a. O. S. 504.) zurückgewiesen werden.

1) Vgl. Overbeck Meditat. I. S. 240.

2) Glück a. a. O. S. 441. Von den Neueren stehen hier die verneinenden Auctoritäten Huber's, Thibaut's und Hufeland's, den bejahenden Weber's, Zachariä's, Schweppe's und Mackeldey's entgegen.

3) Glück S. 443.

II. Das Pfandrecht Dessen, der dem Eigenthümer oder einem Andern laut dessen Anweisung zur Wiederherstellung oder Erhaltung eines Gebäudes Geld vorgeschossen hat [1]), an diesem. Wahrscheinlich älter ist das demselben Gläubiger ertheilte Privilegium exigendi [2]), und zwar von demselben Kaiser, Marcus [3]), obwohl in einem andern Edict ertheilt [4]), und nicht durch jenes Pfandrecht aufgehoben, sondern beide Rechte bestehen neben einander. Denn das ist darum von großer praktischer Bedeutung, weil das Pfandrecht nur ein besonderes an dem wiederhergestellten Gebäude, das Privilegium exigendi hingegen allgemein ist, und das ganze Vermögen umfaßt. Der Entstehungsgrund dieses Pfandrechts ist in dem Sinn der Römer für äußere Schönheit der Städte zu suchen; juridisch wird er durch den vermutheten Vertrag erklärt, indem der Gläubiger voraussetzt, durch den mit seinem Gelde zu erreichenden Zweck eine genügende Sicherheit zu erhalten, da ihn sonst nichts Anderes dazu bewegen würde, der Schuldner aber auf diese Weise leichter Geld erhalten kann.

Soviel den Gegenstand des Pfandrechts anlangt, ist es gleichgültig, welche Art [5]) von Gebäude wiederhergestellt worden, und wo es gelegen sei. Doch kann nur das wiederhergestellte Gebäude für sich allein haften, nicht der Inbegriff anderer, wozu es gehört. Daraus folgt, daß, wenn dasselbe vom letztern beim Verkauf nicht getrennt werden kann, zwar der Umstand, daß z. B. das Pfandrecht nur eine einzelne Scheuer oder einen Stall betrifft, kein Hinderniß entstehen läßt, den ganzen Hof, und wenn ländliche Grundstücke davon (jetzt auch wegen etwa geschlossener Grundstücke)

---

1) Fr. 1. *In quib. css. pignus.* — Senatusconsulto, quod sub Marco Imperatore factum est, pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemtori domino mandante nummos dedit. (PAP. 10. *Resp.*)

2) Fr. 1. *de Cess. bonor.* — Creditori qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, privilegium exigendi datur. (ULP. 17. *ad Ed.*) Vgl. Fr. 25. *de Reb. cred.*

3) Fr. 24. §. 1. *de Reb. auct. jud. poss.*

4) Glück XIX. 6 ff.

5) S. die gründliche Untersuchung bei Glück XIX. 19—24. über die hier vorkommenden Begriffe Insula, domus, und aedificium.

aus irgend einem Grunde nicht getrennt werden dürfen, auch diese mit zum Verkauf zu stellen, weil sonst das ganze Pfandrecht illusorisch wäre; allein dagegen muß durch Schätzung der Werth des einzelnen Gebäudes besonders ausgemittelt, und nach dem über oder unter der Schätzung des ganzen Inbegriffs von Gebäuden, wozu jenes gehört, ausfallenden Kaufpreise, verhältnißmäßig der für das letztere berechnet werden. Die Foderung, wofür das Pfandrecht entsteht, darf nur baares Geld betreffen [1]), nicht andere Sachen, noch selbst Baumaterial oder gezahltes Arbeitslohn an die Bauleute. Diese Beschränkung rechtfertigt sich sowohl durch die strenge Erklärung fodernde Hauptstelle, welche ausdrücklich der pecunia mutua danda und der nummi erwähnt, als auch noch dadurch, daß da, wo unsere Quellen des Privilegium exigendi für den gleichen Fall gedenken, allemal baares Geld vorausgesetzt wird; dazu kommt hier noch besonders, daß dieses Pfandrecht nicht etwa gleich der Verwendung in Jemandes Nutzen, oder der Geschäftsführung eine unmittelbare Beziehung zur Person des Schuldners nicht voraussetzt, sondern im Gegentheil diese dadurch erfodert, daß sich die zu solchem Zweck gegebenen Vorschüsse des Pfandrechts nur dann erfreuen, wenn sie dem Eigenthümer oder zufolge dessen Auftrags dem Baumeister (Bauunternehmer) gezahlt worden sind. In Ansehung der Baumaterialien kann ja auch der Begriff des Darlehns nicht aufgestellt werden, sondern nur etwa der eines Kaufs auf Credit. Daß dafür nun ein gesetzliches Pfandrecht entstehen solle, darf man um so weniger zugeben, als Zahlung des Kaufpreises durch die Neuerung angenommen werden muß, mithin nur ein einfaches gewöhnliches Darlehn vorhanden ist.

Eine wichtige Frage ist hier die, wie eigentlich die Worte ob restitutionem aedificii exstruendi zu verstehen seien, ob man nemlich annehmen dürfe, daß auch nothwendige Ausbesserung noch stehender nur baufälliger Gebäude, oder nur daß die Wiederherstellung ganz verfallener oder vernichteter

---

1) Vgl. Bülow Abhandl. I. 4. S. 160.

darunter gemeint, und also für diese das gesetzliche Pfandrecht begründet sei? — Viele behaupten strenge das letztere [1]), allein mit Unrecht. Eine solche Einschränkung des Pfandrechts würde theils zu unauflöslichen Schwierigkeiten führen, (denn wenn man streng beim Wiederaufbau stehen bleibt, wie weit soll da die Grenze dieses Begriffes herabgezogen werden? z. B. wenn nur das Dach, oder ein oberes Stockwerk eingefallen, oder abgebrannt ist,) theils zu Ungereimtheiten. Sollte nemlich blos Der, welcher zum Wiederaufbau eines Gebäudes Geld hergegeben hat, das gesetzliche Pfandrecht erhalten, nicht aber Der, welcher zur nothwendigen Ausbesserung eines baufälligen Hauses, das ohne jene dem unvermeidlichen Untergang entgegenginge, so könnte es kommen, daß der Eigenthümer erst warten müßte, bis das Haus ganz eingestürzt wäre, oder es einreißen müssen, ehe er Geld geborgt erhielte. Offenbar wird aber die Frage doch nur dann von Interesse, wenn der Gläubiger mit andern zusammentrifft; bekanntlich hat jener beinahe vor allen Andern ein Vorzugsrecht; nun würde ja aber der Umstand, welcher die übrigen Gläubiger gegen unbefugte Ausdehnung des letztern schützen soll, nemlich die Verweigerung des Pfandrechts an Den, der nur zur Wiederherstellung eines dem Einfall drohenden Hauses Geld geliehen, gerade jenen zum Schaden gereichen, weil im letzten Fall ein geringeres Capital erfoderlich ist, als beim Neubau. Das ist freilich richtig, daß die Wiederherstellung und Ausbesserung des Gebäudes eine unmittelbar wesentliche und nothwendige zu dessen Fortbestande sein muß, was bei eintretendem Streit durch Sachverständige zu ermitteln ist, nicht eine zeitige Ausbesserung, wie sie jeder gute Hausvater vorzunehmen pflegt [2]). Daß, wie Viele wollen [3]), das Gelddarlehn nicht nur bei dessen Aufnahme als zum Bau bestimmt namhaft gemacht [4]),

---

1) S. bei Glück XIX. 32. darunter Meißner und Thibaut.

2) In Cap. 3. Nov. XCVII. heißt es sogar ausdrücklich, daß die Gläubiger einen Vorzug haben sollen, quorum pecuniis res *renovatae* sunt, wenn auch dort vom vertragsmäßigen Pfandrecht die Rede ist.

3) Auch Glück XIX. S. 35.

4) Dies muß ausdrücklich geschehen sein, sonst entsteht so wenig ein Pfandrecht durch die bloße Ver-

sondern auch wirklich zum Bau verwendet worden sein müsse, um das Pfandrecht in's Dasein zu rufen, ist unrichtig; es muß der Natur der Sache nach genügen, daß das Gebäude überhaupt wiederhergestellt worden sei, gleichviel mit welchem Gelde, denn sonst ist freilich kein Gegenstand für das Pfandrecht vorhanden. Man kann nemlich in den Ausdruck, dessen sich die Gesetze allemal bedienen: ob restitutionem aedificii, keinen s. g. Modus finden, wovon die entgegengesetzte Meinung ausgeht. Dieser muß freilich erfüllt werden, und dazu sind auch Mittel vorhanden, den Andern zu zwingen, wie Klagen auf Erfüllung oder Rückgabe des Gezahlten, und Leistung des Interesse, und Anträge auf Sicherheitsleistung; ferner liegt es in der Natur des Modus, daß auf den Fall der Nichterfüllung etwas Anderes dagegen geleistet werden soll [1]). Von allem Dem ist aber hier der Natur des Geschäfts nach, (denn daß demselben ausdrücklich ein Modus beigefügt werden könne, bedarf freilich kaum der Bemerkung, nur darf er nicht als sich stillschweigend von selbst verstehend betrachtet werden,) gar keine Rede. Es ist ferner eine nicht verwerfliche Analogie [2]), daß die exercitorische Klage wegen Darlehns zur Herstellung eines Schiffes auch dann gegen den Rheder soll angestellt werden können, wenn der Steuermann dasselbe nicht dazu verwendet hätte; denn so gut es dort heißt, daß die Unredlichkeit des Stellvertreters dem Gläubiger keinen Schaden bringen soll, muß hier die des Herrn (des Schuldners) selbst es um so weniger dürfen. Endlich wird die entgegengesetzte Meinung sogar durch die darin entscheidenden Worte aller hierher gehörigen Stellen beinahe unmittelbar widerlegt; denn es ist doch wohl kein Zufall, daß in allen, ohne Ausnahme von Darlehnen, die *ob* restitutionem aedificiorum gegeben worden, die Rede ist, nie aber sich: ad restituenda aedificia etc. findet [3])?

---

wendung, als durch nachherige Aufnahme eines Capitals, um Bauschulden zu bezahlen.

1) Bucher R. der Foderungen §. 42. *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 111.

2) Fr. 1. §. 9. und Fr. 7. *de Exercit. act.*

3) Demnach ist es völlig irrelevant, wenn es in Cap. 3. Nov. XCVII. heißt: In his omnibus posteriores creditores, *quorum pe-*

Selbst aber wenn es gegenwärtig in der Schuldurkunde heißen sollte: daß das Darlehn **zum** Wiederaufbau u. s. w. vorgeschossen worden sei, kann man darin keinen Modus erkennen, sondern dieser muß mit deutlicheren und ausdrücklicheren Worten angegeben sein; denn eine solche Phrase will doch die Sicherheit des Gläubigers vermehren, nicht verringern und gefährden, nur dies könnte aber die Folge eines anzunehmenden Modus sein. Noch könnte man die Frage von der Verwendung und deren Beweise dann von Wichtigkeit halten, wenn z. B. ein nachstehender Gläubiger ausdrücklich leugnet, daß das Darlehn auch wirklich verbauet worden sei, d. h. daß der Bau nicht **soviel** gekostet habe, als dazu an Schuld aufgenommen ist. Hierin würde aber offenbar eine Behauptung liegen, welche der zweite, nachstehende, Gläubiger zu erweisen hat. Die Verwendung dagegen zu beweisen stände zwar dann allerdings dem Darleiher zu, allein doch nur als Gegenbeweis. Hiernach würde sich also die Sache so gestalten, daß die Verwendung einer Summe von der Größe des Darlehns als wesentlich nothwendig für das Pfandrecht erscheint, und in der Regel vermuthet wird, aber, wenn das Gegentheil erwiesen worden, das Pfandrecht ganz oder theilweise wegfällt. Daß in außerordentlichen Fällen die Vermuthung schwinden könne, z. B. wenn eine sehr große Summe zur Wiederherstellung eines kleinen Hauses aufgenommen ist, thut dem vorher Gesagten keinen Eintrag, denn der alsdann erfoderliche Beweis braucht sich doch nur auf die Verwendung einer Summe von Höhe des Darlehns überhaupt zu erstrecken. — Es ist übrigens hieraus ersichtlich, daß Gestaltungen der Verhältnisse solcher Art, welche sehr mannigfaltig sein können, zur quaestio facti werden, und ihre Beurtheilung dem Einzelfall überlassen werden muß.

Das letzte Erfoderniß für die Geltendmachung des Pfandrechts in seinem ganzen Umfange ist endlich, das Vor-

---

ouniis res adquisitae vel renovatae sunt, potiores sunt iis etc. Denn nicht zu gedenken, daß dies vom vertragsmäßigen Pfandrecht, wie schon früher gesagt (S. 300. (2.) zu verstehen ist, sondern es wird freilich in der Regel das Geld wirklich zu seinem Zweck verwendet sein.

handensein des Gebäudes selbst, woran es besteht. Manche[1]) haben zwar dies nicht für nöthig erachtet, weil das Pfandrecht auch am Grund und Boden hafte, der zum Gebäude gehöre; allein es ist mit Recht entgegnet worden, man müsse hier unterscheiden zwischen dem Pfandrecht, welches am Grund und Boden, wie es gegen andere der Zeit nach sich stellt, fortdauert, und seinem Vorzugsrecht (s. §. 65. c.), welches mit dem Gebaueten erlischt.

III. A. Das Pfandrecht der unter Vormundschaft stehenden Personen[2]) an den mit ihrem, d. i. ihnen noch eigenthümlich gehörigen Gelde von andern, dem Vormunde oder Dritten, in eigenem Namen erkauften Sachen[3]). Ueber dieses Pfandrecht sind beinahe soviel streitige Meinungen vorhanden, als Einzelheiten für dasselbe zu berücksichtigen, und kein Grundsatz kann aufgestellt werden, der nicht schon angefochten worden wäre. Zuerst ist nemlich dieses ganze Pfandrecht überhaupt als ein gesetzliches weggeleugnet und behauptet worden, es könne nur als ein vertragsmäßiges bestehen, müsse mithin vorbehalten werden. Diese Ansicht beruhet auf einer falschen Auslegung der hierher gehörigen Stellen; Glück[4]) hat dies so gründlich nachgewiesen, daß dieselbe als abgethan zu betrachten ist. — Die

---

1) S. bei Glück XIX. S. 38. (4.) und die Berichtigung dort selbst. Man verwechsele damit nicht die Fortdauer des bevorzugten Pfandrechts am Grund und Boden eines Hauses, welches dem zusteht, der das Geld zu seinem Erwerb vorgeschossen und sich jenes hat bestellen lassen, s. u. §. 65. 1. b. Das ist die Folge der allgemeinen Grundsätze über den Umfang des Pfandrechts. Vgl. dazu auch Glück XIX. S. 310.

2) Vgl. Löhr Magazin Bd. IV. S. 141 ff. Glück XIX. 47 ff.

3) Fr. 7. pr. *Qui potiores.* — Idemque est si ex nummis pupilli res fuerit comparata. Quare si duorum pupillorum nummis res fuerit comparata, ambo in pignore concurrent pro his portionibus, quae in pretium rei fuerint expensae. Quod si res non in totum ex nummis cujusdam comparata est, erit concursus utriusque creditoris, et antiquioris et ejus cujus nummis comparata est. (ULP. 3. *disp.*) Vgl. dazu Fr. 3. pr. *de Rebus eorum.* s. o. S. 217. — C. 6. *de Servo pignori dato.* — Si tutor tuus de pecunia tua servos emtos manumisit: quoniam hujusmodi servi, sicut ceterae res, pupillaribus pecuniis emtae, jure pignoris ex constitutione divorum parentum meorum obligati sunt, favore pupillorum liberi facti non sunt.

4) a. a. O. S. 48 ff.

zweite Frage ist, wem dieses Pfandrecht zukomme? In der Regel wird es dem Unmündigen und dem Minderjährigen zugestanden; allein das letztere kann nicht erwiesen werden[1]); würde nun ohnehin die Analogie, wenn man sich derselben hier anvertrauen wollte, viel zu weit führen, und überhaupt allen unter Curatel stehenden Personen dieses Pfandrecht zugestehen müssen, so ist man gewiß nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, dasselbe nur für die Unmündigen anzuerkennen. — So wenig, drittens, das Pfandrecht an sich in Abrede gestellt werden kann, darf es, wie man auch gethan, nur gegen den Vormund, als handelnde Person, für gültig erachtet werden. Der Beweis für seine Unbeschränktheit liegt unmittelbar in den Quellen, indem sie sowohl allgemein sprechen, wie auch ein ausdrückliches Beispiel enthalten, wo auch ein Dritter und nicht der Vormund gekauft hatte[2]). Eine andere sehr gangbare Meinung spricht endlich dem Unmündigen zwar das Pfandrecht gegen Dritte zu, aber nicht gegen den Vormund, sondern nimmt an, daß, wenn der Vormund gekauft habe, dem Unmündigen das Eigenthum erworben werde[3]). Es ist zwar richtig, daß dem Unmündigen für diesen Fall eine analoge Eigenthumsklage ertheilt wird[4]), allein ausnahmsweise, d. h. er kann, wenn er es vorzieht, anstatt die Sache nach Pfandrecht zu verfolgen, sie eigenthümlich in Anspruch nehmen, es ist mithin dem Pfandrechte dadurch gar nicht widersprochen worden; der Unmündige wird also keineswegs Eigenthümer, wenn sein Vormund kauft, das beweist noch außerdem der Umstand, daß ihm nur eine analoge Eigenthumsklage ertheilt wird[5]). (S. o. S. 110.)

---

1) Vgl. Löhr a. a. O. Man begnügt sich, dies mit Analogien beweisen zu wollen, oder beschäftigt sich mit dem Beweise gar nicht; selbst die beiden Stellen, Fr. 2. *Quando ex facto* und C. 3. *Arbitrium tutelae*, die man allenfalls dafür noch am ersten anführen könnte, erwähnen vom Pfandrecht nicht ein Wort. Vgl. Buchholz Versuche u. s. w. Nr. XIX.

2) Fr. 3. *d.*

3) S. bes. Löhr a. a. O.

4) Fr. 2. *Quando ex facto.* s. o. S. 110.

5) Löhr's Erklärung a. a. O. und beziehungsweise Bd. III. S. 134. (2.), daß hier diejenige analoge Eigenthumsklage gemeint sei, die der Pfandgläubiger als solcher habe, ist darum nicht anzunehmen, weil diese in der That die hypothe-

B. Ein gesetzliches Pfandrecht gleicher Art läßt sich der Ehefrau an den mit ihrem Mitgiftsgelde gekauften Sachen zuschreiben, indem diese für Mitgiftssachen erklärt werden[1]), in Betreff solcher aber der Ehefrau sowohl die Eigenthumsklage, als die hypothekarische ertheilt ist[2]). — Dieses Pfandrecht wird auch andern zur Rückfoderung der Mitgift Berechtigten aus den unten unter Zahl V. angeführten Gründen beigelegt[3]). — Dasselbe muß

C. endlich den Kindern erster Ehe in Betreff der mit zu den s. g. lucra nuptialia gehörigen Geldern erkauften Sachen an diesen zugestanden werden[4]).

IV. Ein besonderes gesetzliches Pfandrecht steht ferner dem Vermächtniß- oder Fideicommißnehmer an des Erblassers ganzem Vermögen, oder an dem Antheile und einzelnen Stücken, welche der damit beschwerten Person angefallen sind, zu. Es wird zuweilen für ein allgemeines oder wenigstens gemischtes gehalten[5]), je nachdem das Vermächtniß aus dem ganzen Nachlaß oder einem Antheile, oder einem einzelnen Stück desselben entrichtet werden soll, allein den richtigen Begriffen vom allgemeinen und besondern Pfand-

---

karische ist (s. §. 59.), welche Löhr selbst nicht meint. Ganz deutlich beweist die hier angenommene Meinung C. 3. *Arbitr. tut.* — Si curator post decretum Praesidis sublata pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerat deposita, sibi (praedium) comparavit, *elige*, utrum malis in emtione negotium tibi eum gessisse, an quia in usus suos pecuniae conversae sunt, legitimas usuras ab eo accipere; etc. — s. auch Gesterding a. a. O. S. 139. Die vorher S. 303. (3.) gemachte Bemerkung wider diese Stelle betrifft deren Anwendung am gegenwärtigen Orte nicht, wo es sich nur um die Klage handelt, und der Rückschluß vom Minderjährigen auf den Unmündigen wohl zulässig ist, aber nicht umgekehrt.

1) Fr. 54. *de J. D.* — Res quae ex dotali pecunia comparantur, dotales esse videntur. (GAI. *ad Ed. prov.*) und C. 12. *Qui potiores*, dazu Löhr im Archiv Bd. VII. S. 267. Fritz a. a. O. S. 451.

2) C. 30. *de J. D.* — In rebus dotalibus — mulierem — volumus — in rem actionem quasi propriis habere et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut sive ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur, per utramque viam sive in rem, sive hypothecariam ei plenissime consulatur.

3) Fritz a. a. O. S. 450.

4) *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 313. (5.)

5) S. darüber Glück XVIII. S. 403. XIX. S. 166. Marezolls erst während des Drucks dieses Werkes erschienene Abhandlung in der Zeitschrift Bd. IX. 9. (bes. S. 294 ff.) kann hier nur genannt werden.

recht entgegen [1]); dies gilt auch namentlich von dem Vermächtniß der Mitgift [2]). Der Gleichstellung der Vermächtnisse und Fideicommisse mit den Schenkungen auf den Todesfall zufolge [3]) wird dieses Pfandrecht auch auf letztere ausgedehnt [4]), obwohl dieser Fall darum seltener vorkommen wird, weil mit jener in der Regel Uebergabe verbunden ist. Ebensowenig scheint ein Bedenken vorhanden [5]), dieses Pfandrecht auch zum Vortheil des Fideicommißerben als Statt findend anzuerkennen.

Außer dem Ableben des Erblassers und der Gültigkeit und Wirksamkeit des Vermächtnisses (u. s. w.) hat dieses Pfandrecht kein Erfoderniß; andere werden ihm ohne Grund zugeschrieben [6]).

Es bedarf kaum der Erinnerung, daß die Wirkung des Pfandrechts nur gegen die Gläubiger der Person gerichtet ist, welche das Vermächtniß u. s. w. herausgeben soll, nicht etwa

---

1) C. 1. §. 1. *Communia legator.* — Cum hi, qui legatis, vel fideicommissis honorati sunt, personalem actionem plerumque habere noscantur: — censemus — omnibus — tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere, et non solum personalem actionem praestare, sed et in rem, quatenus eis liceat easdem res — vindicare in rem actione instituenda, et insuper utilem Servianam i. e. hypothecariam super his, quae fuerint derelicta, in res mortui praestare. Cum enim jam hoc jure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento — dare, et iterum novellae Constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas introduxerunt, non abs re est, etiam nos in praesenti casu hypothecariam donare actionem, quae etiam nullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci. — — Et haec disposuimus non tantum si ab herede fuerit legatum derelictum, vel fideicommissum, sed et si a legatario vel fideicommissario vel alia persona, quam gravare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur. — In omnibus autem hujusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit, et hypothecam esse non ipsius heredis, vel alterius personae, quae gravata est fideicommisso, rerum, sed tantummodo earum, quae a testatore ad eum pervenerint.

2) S. Fritz a. a. O. S. 442. Für dieses haftet auch nicht etwa das ganze Vermögen des Belasteten.

3) C. 4. *de Donation. mort. caussa.*

4) Glück XIX. S. 169. Löhr im Archiv Bd. V. S. 212.

5) Löhr Magazin Bd. IV. S. 85—100. und im Archiv Bd. V. S. 211 ff., wo Glück's widersprechende Ansicht widerlegt, und Uebereinstimmung mit *Nov.* CVIII. Cap. 2. nachgewiesen ist. Vgl. noch Fritz a. a. O. S. 450.

6) Löhr a. a. O. S. 212.

wider des Erblassers Gläubiger, diese müssen schon vorher völlig befriedigt sein [1]). In anderer Hinsicht ist jedoch die Wirksamkeit gerade dieses Pfandrechts der besondern Aufmerksamkeit bedürftig. Man hat nemlich früher, und zwar fast unbestritten — denn die dagegen erhobenen Stimmen sind bis auf die neueste Zeit beinahe klanglos verhallt [2]) — angenommen, dieses Pfandrecht habe die von seiner gewöhnlichen sonstigen Natur abweichende Eigenschaft der Theilbarkeit (s. §. 4.), indem die Schlußworte der Constitution, welche es begründet: In omnibus autem hujusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit, — ausdrücklich aussprächen, daß die hypothekarische Klage gegen mehrere Miterben ebenso theilbar sein solle, wie die persönliche aus dem Testamente. — Diese gemeine Meinung hat in neuerer Zeit Glück [3]) mit den schon von Andern [4]) aufgestellten Gründen als einen gemeinen Irrthum darzuthun versucht. Allein diese laufen alle auf eine mühselig erzwungene Auslegung jener Schlußworte hinaus, und wollen denselben eine nur ganz untergeordnete Rolle beilegen, während sie das Gegentheil davon, was sie nach einer einfachen Anschauung zu sagen scheinen, aus dem Gesammtinhalt der ganzen Constitution und der s. g. Natur der Sache zu entwickeln versuchen. Die letztere haben sie nun aber eben ganz und gar verkannt, ein Vorwurf, welcher die gemeine Meinung freilich auch trifft, doch nicht in der Hauptsache, sondern nur in dem Resultat, was sie als eine Ausnahme bezeichnen, nemlich in der angeblichen Theilbarkeit des Pfandrechts. Hätte man in dieser Hinsicht die Wahrheit erkannt, und nicht Abweichungen von einer freilich sonst durchgreifenden und ganz wesentlichen Eigenschaft des Pfandrechts ge-

---

1) Fr. 4. §. 1. *de Separationibus*.

2) *Raguellus* Comment. ad Justin. Constitut. et Decis. ad h. l. p. 513. *Beker* Prolusio academ. de act. hyp. legatar. — competente. 1768.

3) Bd. XIX. S. 177 ff.

4) Namentlich Beker's u. bes. Ende's jurist. Ausführungen Nr. VII. — Sogar Thibaut ist ihnen beigetreten, Pandektensystem §. 644. (h.)

funden, so wäre es vielleicht Niemandem eingefallen, auf eine andere Auslegung jener Constitution zu denken, um jene angenommene Abweichung zu vermeiden. Allein sie ist ja in der That gar nicht vorhanden, sondern die Constitution steht mit den allgemeinen pfandrechtlichen Grundsätzen in vollständigstem Einklang, so wie man nur das Schuld-, das Obligationsverhältniß des Vermächtnißnehmers zu den mehreren Belasteten richtig auffaßt. Daß man aber dieses verkannte, das ist es, was zu der Streitfrage Veranlassung gab, während bei richtiger Erkenntniß desselben gar kein Grund dazu vorhanden ist. (Vgl. o. S. **20.**) Dies hat denn auch natürlich dem Scharfsinn dessen von den neuern Rechtsgelehrten, welcher sich mit diesem Gegenstande ausführlicher beschäftigt hat, Löhr's [1]), nicht entgehen können. Denn wenn Mehreren die Auszahlung eines Vermächtnisses auferlegt ist, so kann die Erbportion eines jeden nur für den von ihm auszuzahlenden Antheil und nicht auch für die Antheile der Uebrigen, also das ganze Vermächtniß, darum haften, weil er selbst ja nur für seinen Antheil belastet ist [2]). Bei der s. g. Obligatio pro rata sind nemlich soviel Obligationen vorhanden als Gläubiger und Schuldner, und das Mehreren auferlegte Einem zu entrichtende Vermächtniß ist nur den Worten nach Eins, in der That aber ebenso gut mehrere, wie wenn jedem von jenen die Auszahlung eines andern auferlegt wäre. Daraus folgt doch natürlich, daß eines jeden Erbportion nur für die einzelne Obligation eines jeden an den Vermächtnißnehmer hafte, und nicht für die andern. Gerade das also, was die gegentheilige Theorie als Resultat bringt, um vermeintlich die Untheilbarkeit des Pfandrechts, welche hierbei gar nicht berührt

---

1) Im Archiv für civil. Praxis Bd. V. S. 211 ff., welcher die Gründe der entgegengesetzten Theorie Schritt für Schritt widerlegt.

2) Daß die entgegengesetzte Meinung Glück's u. s. w. nicht hierauf kam, ist um so mehr zu verwundern, da sie einstimmig zugeben, daß, wenn der eine Miterbe seinen Antheil eher freiwillig entrichte, als Klage gegen ihn erhoben werde, er seine Erbportion vom Pfandrecht freimache; welche Consequenz! worin liegt denn der Grund davon, wenn sie in solidum haftet? und wie steht es mit der Regel, daß pignoris caussa individua sei?

wird, aufrecht zu erhalten, stößt gegen den ersten Grundsatz des Pfandrechts an, daß ein Pfand nur für die Foderung hafte, welche man an den Pfandschuldner hat, und nicht für die an dritte Personen.

V. Das Pfandrecht dessen an den vorhandenen, also nicht etwa nur den noch im Eigenthum des Mannes befindlichen Mitgiftssachen, welcher die Mitgift nach Aufhebung der Ehe zurückzufodern berechtigt ist, auch wenn dieselben verkaufsweise geschätzt übergeben worden sind [1]). Die Constitution, welche dasselbe begründete [2]), spricht freilich nur von der Frau, doch aber wohl nur darum, weil erst später das Rückfoderungsrecht der Mitgift allgemein für die Stipulirenden eingeführt ward [3]). Da kurz nach der Ertheilung jenes besondern Pfandrechts das allgemeine für die Mitgift gesetzlich eingeführt wurde (s. §. **34.**), so kann ein praktischer Werth dem erstern neben dem letztern danach nur insoweit beigelegt werden, als ein besonderes Pfandrecht zuweilen strengere Wirkungen hat, wie ein allgemeines (s. §. **52.**), die aber hier wegen des Vorzuges, den das letztere genießt, ganz wegfallen dürften.

§. 34.

Von den allgemeinen gesetzlichen Pfandrechten.

Die einzelnen Arten der allgemeinen gesetzlichen Pfandrechte sind zahlreich; es gehören dazu folgende:

I. Das Pfandrecht des Staatsvermögens oder Fiscus am gesammten Vermögen seiner Schuldner für Foderungen aller Art [4]), soweit sie nicht nachher ausdrücklich werden ausgenommen werden; also:

A. wegen schuldiger öffentlicher Grund = und anderer Abgaben [5]). Der Fiscus hält sich auch wegen früherer

---

1) S. hierüber Fritz a. a. O. S. 450., dem ich gefolgt bin.

2) C. 30. *de Jure dotium.*

3) C. un. *de Rei uxor. act.*

4) Fr. 46. §. 3. *de Jure fisci.* — Fiscus semper habet jus pignoris.

5) C. 1. *In quibus caussis pignus.* — Universa bona eorum, qui censentur, vice pignorum tributis obligata sunt. C. 1. *Si propter publ. pensit.* — Venditionem ob tributorum cessationem

Steuerreste an den jedesmaligen Besitzer der steuerbaren Sache[1]), welche früher allein haftete, ehe das allgemeine Pfandrecht entstand, (und noch jetzt im Besondern vorzugsweise, s. u. §. 65. 2. a. und §. 67.), so daß dieser die von vor seiner Besitzzeit herrührenden anerkennen muß[2]). Es werden dazu Abgaben jeder Art gerechnet[3]), dingliche wie persönliche, ordentliche und außerordentliche; doch kann eigentlich das Recht wegen der Grundabgaben am Grundstück weniger ein Pfandrecht genannt werden, wird auch in den Quellen nicht so genannt[4]), als vielmehr eine dingliche Belastung, welche jedem Privatrechte vorangeht. (S. §. 65. 2. a.)

B. Dem Fiscus steht ferner ein Pfandrecht an dem Vermögen dessen zu, mit dem er contrahirt hat[5]). Dieses Pfandrecht konnte früher jedoch auch ein blos subsidiarisches insofern sein, als der Fiscus, wenn sich ein dazu gehöriger Gegenstand in eines dritten Besitzers Händen befand, denselben nur dann erst in Anspruch nehmen durfte, wenn er den eigentlichen Schuldner zuvor fruchtlos ausgeklagt hatte[6]), wobei nur der Besitzer dem Fiscus eventuelle Schadloshaltung für etwaniges erfolgloses Ausklagen zusagen mußte. Dies ist im neuern Rechte durch den der Einrede der Voraus-

---

factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore ejus jura hypothecae sive pignoris praetendente. Potior est enim caussa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt.

1) S. Spangenberg im Archiv für civil. Praxis. Bd. XI. S. 455.

2) Fr. 5. §. 3. *de Censibus.* — Pro pecunia tributi, quod sua die non est redditum, quominus praedium jure pignoris distrahatur oblata moratoria cautione non admittitur, nec audietur legatarius ob tributa praeteriti temporis contradicens, etc. (PAP. 19. *resp.*)

3) Gesterding a. a. O. S. 140. Man kann dies auch auf Fr. 46. §. 3. *d.* stützen.

4) Fr. 7. *de Publican.* Fr. 36. *de Jure Fisci.* Nur kommt Fr. 5. §. 2. *de Censibus* vor: jure pignoris vendere.

5) C. 2. *In quib. css. pignus.* — Certum est, ejus, qui cum fisco contraxit, bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimatur. Vgl. C. 2. *de Privil. fisci.* Ueber dessen historische Entwickelung s. bes. Zimmern a. a. O. S. 294. und Glück XIX. S. 67.

6) Fr. 47. *de J. F.* C. 1. *de Conv. fisci debit.* — Non injusta ratione desideratis, repromissa fisco indemnitate, eos priore loco conveniri, qui reliqua contraxerunt, mox ad vos perveniri, qui ab his quaedam mercati estis.

klage des persönlichen Schuldners beigelegten allgemeinen Character geändert, (s. u. §. 59. A. 2.)

Dasselbe Pfandrecht aus Contracten steht dem Regenten und seiner Gemahlin, ingleichen dem Thronfolger zu [1]).

C. Der Fiscus hat auch ein Pfandrecht an dem Vermögen seiner Verwalter [2]). Dies wird von Manchen [3]) geleugnet, und namentlich das contractliche Verhältniß der Staatsbeamten überhaupt, und also das derer, die Angelegenheiten des Fiscus vermöge ihrer Stellung besorgen, woraus Anfoderungen entstehen können, zum Staat und dem Fiscus in Abrede gestellt. Der Staatsdienst, behaupten sie, beruhe auf einer rechtlichen Nothwendigkeit, und gestatte auf Seiten der Unternehmer keine Willkühr, schließe mithin die Vorstellung des Vertrages aus; dies gestalte sich namentlich auch als Folge des ganzen Inhalts des Digesten-Titels de Muneribus et honoribus, wo die Staatsämter als Lasten bezeichnet würden, welche die Unterthanen übernehmen müssen. — Es ist freilich richtig, daß die Römischen Gesetze nicht unmittelbar aussprechen, es solle dem Staatsvermögen an den Gütern seiner Verwalter ein Pfandrecht zustehen, und nur davon die Rede sein könne, ob sich auf das Verhältniß des Staatsbeamten zum Staate in Bezug auf dessen durch ihn verwaltetes Vermögen die allgemeine Regel: Fiscus semper habet jus pignoris, anwenden lasse; allein die Gründe der entgegengesetzten Meinung beruhen wenigstens auf einem sehr auffallenden Irrthum. Der Titel de Muneribus et honoribus handelt nemlich gar nicht vom Staatsdienst, sondern vom römischen Municipal-Stadtdienst, so daß er bei der veränderten städtischen Verfassung keine Anwendung mehr finden kann. Die darin enthaltenen

---

1) Fr. 6. §. 1. *de J. F.* — Quodcunque privilegii fisco competit hoc idem et Caesaris ratio et Augustae habere solet. (ULP. 63. *ad Ed.*) Bestätigt ist dies in C. 3. *de Quadr. praescr.* Die Ausdehnung auf den Thronfolger rechtfertigt die gebrauchte Benennung Caesar, s. Glück XIX. S. 69.

2) *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 314. Valett a. a. O. §. 330. Gesterding S. 140. vgl. Fritz S. 428. und Decis. Cassel. VII. p. 45.

3) Darunter sogar Glück a. a. O. S. 71 ff. Die nachher aufgeführten und widerlegten Gründe sind die seinigen.

Vorschriften haben auch vom römischen Staatsdienst niemals gegolten. Gewiß haben so wenig damals als jetzt — sobald irgend eine Vergütigung dem Verwalter zu Theil ward, was ja eben bei der städtischen in der Regel nicht der Fall war — zur Beurtheilung des rechtlichen Verhältnisses zwischen Staatsdiener und Staat andere Grundsätze gebraucht werden können, als die des Vertrages [1]). Mithin wird der Verwalter des Fiscus, wenn er diesem aus der Geschäftsführung verantwortlich wird, Contractsschuldner, und also haftet sein Vermögen pfandweise.

Die Praxis hat übrigens diese Frage längst bejahend entschieden [2]), sie beruhet aber auch, wie gezeigt worden, auf einem theoretisch richtigen Grunde.

Dagegen wird dem Fiscus fälschlich ein Pfandrecht zugeschrieben [3]):

a) wenn er an eines Privatgläubigers Stelle tritt. Der darüber vorhandene klare Ausspruch in den Gesetzen [4]) ist auch nicht so zu deuten, daß der Fiscus wenigstens von da an, wo er jenes Stelle einnimmt, sein gewöhnliches Pfandrecht erhalte, sondern er kann dann nur von seinem Privilegium exigendi Gebrauch machen, was aber nicht mit einem wirklichen Pfandrecht zu verwechseln ist [5]).

b) Ebensowenig erstreckt sich das Pfandrecht des Fiscus auf Strafforderungen aus Verbrechen, noch sein Privilegium exigendi [6]), sondern er steht damit den älteren einfa-

---

1) Dafür haben sich auch die angesehensten Staatsrechtslehrer stets entschieden, s. Klüber öff. Rechts des deutschen Bundes §. 492. Anm. a. b. Namentlich ist der von Glück angenommene absolute Zwang zum Staatsdienst völlig ungegründet. Die veraltete Frage vom Primipilar (s. Glück S. 73—78.) kann füglich auf sich beruhen, da ihr selbst aller mittelbare Einfluß abgeht.

2) Glück a. a. O. S. 78. (94.)

3) Z. B. von Gesterding S. 141.

4) Fr. 3. §. 7. *de J. F.* — Si posteriori creditori fiscus successerit, eo jure utitur, quo is usurus erat, cui successerit. (CALL. 3. *de J. F.*)

5) Dies ist eben durch Mißverständniß von Fr. 6. pr. *eod.* geschehen: Fiscus cum in privati jus succedit, privati jure pro anterioribus suae successionibus temporis [temporibus, *Hal.* et *Vulg.*] utitur, ceterum postquam successit, habebit privilegium suum. (ULP. 63. *ad Ed.*)

6) Fr. 17. *eod.* — In summa sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus

chen Gläubigern nach. Dennoch behaupten Viele [1]) ein Pfandrecht von Zeit der Verurtheilung des zur Bestrafung Gezogenen an, welches ihm wenigstens gegen jüngere Gläubiger zu Statten komme; allein die Beweisgründe beruhen nur auf Raisonnements, welche gegen die deutlich redenden Gesetze, daß der Fiscus in dieser Hinsicht nur nach dem gemeinen, Jedermann zustehenden, Rechte beurtheilt werden solle, nicht ausreichen. Die Praxis gesteht nicht einmal ein Pfandrecht wegen der Inquisitionskosten zu [2]).

II. Mehrere der wichtigsten gesetzlichen allgemeinen Pfandrechte werden durch persönliche Verhältnisse begründet, welche in Folge der Ehe, oder in Bezug auf dieselbe zwischen verschiedenen Personen entstehen. Hierher gehören:

A. Das Pfandrecht wegen zu bestellender Mitgift oder deren Entwährung am Vermögen Dessen, der eine solche zu bestellen schuldig ist, für Den, der sie zu fodern berechtigt ist. Unter diesen allgemein gefaßten Satz [3]) sind folgende zum Theil streitige Einzelheiten begriffen: daß der Frau,

---

postponi. (MOD. 2. *de Poen.*) Fr. 37. *eod.* — Quod placuit, fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum recuperaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut jus commune privatorum fiscus amittat. (PAP. 10. *Resp.*)

1) S. bei Glück a. a. O. S. 82. (100.)

2) *Kind* Quaest. forens. T. II. Cap. 10.

3) Wir folgern ihn sowohl aus der C. un. *de Rei uxoriae act.* pr. und §. 1., als aus deren nothwendigen Anwendung auf die einzelnen möglichen Fälle, s. o. — tam — rei uxoriae actione quam ex stipulatu — communiones et differentias resecantes, et in unum tramitem ex stipulatu actionis totum rei uxoriae jus — concludentes; rei uxoriae itaque actione sublata sancimus, *omnes dotes* per ex stipulatu actionem exigi — ut intelligatur re ipsa stipulatio esse subsecuta. — §. 1. Et ut plenius dotibus subveniatur, quemadmodum in administratione pupillarium rerum et in aliis multis juris articulis tacitas hypothecas inesse accipimus, ita et in hujusmodi actione, damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda, vel rebus dotalibus evictis, *sive ipsa eprincipales personae dotes* dederint, vel promiserint, vel *susceperint*, *sive aliae pro his personae*, — sicuti enim et stipulationes et *hypothecas inesse dotibus* intelliguntur — sic et in posterum caussa invenietur valida et perfecta, quasi omnibus dotalibus instrumentis a prudentissimis viris confectis. — Et — nihil prohibet et si sine scriptis dos vel detur, *vel promittatur*, vel suscipiatur, *simili modo intelligi factam stipulationem vel hypothecam ex utraque parte*, quasi fuerit scripta.

welcher entweder unmittelbar oder mittelbar durch Dritte eine Mitgift von einem Andern versprochen worden, an dessen Vermögen eine (allgemeine) stillschweigende Hypothek zustehen solle, verordnet die Justinianische Constitution ausdrücklich. Daß sie auch dem Ehemann, welcher darin nicht namentlich als Solcher vorkommt, dem etwas der Art versprochen wird, wenn dies geschehen, zuständig sei, kann nur aus allgemeinen Andeutungen und Redewendungen in ihr geschlossen werden [1]), ist aber noch nirgends, auch nicht wenn die Frau selbst das Versprechen gethan [2]), bezweifelt worden. Ob der Frau die Hypothek auch dann zustehe, wenn sie von einem Andern nicht auf den Grund eines geschehenen Versprechens, sondern kraft seiner gesetzlichen Verpflichtung eine Mitgift zu fodern berechtigt ist [3]), diese Frage ist ebensowenig entschieden, als ob der Ehemann das Pfandrecht für den Fall in Anspruch nehmen könne, wo er aus einem andern Grunde, als dem eines Versprechens, eine Mitgift zu fodern berechtigt ist [4]). Freilich gehört hierzu nicht eine gesetzliche Verpflichtung; eine solche ist für Niemand gegen den Ehemann vorhanden, und er hat keine Klage gegen die der Frau gesetzlich oder durch Versprechen zur Bestellung einer Mitgift verpflichtete Personen [5]); sondern etwa ein Vermächtniß der Mitgift, und wenn sonst eine vertragsmäßige Verbindlichkeit dazu vorhanden wäre. Wir stehen aber nicht an, obige beide Fragen zu bejahen. Soviel zuerst die andern ausdrücklichen Verpflichtungsarten außer Versprechen gegen den Mann, also Vermächtniß der Mitgift u. s. w., anlangt, so ist in der That nicht einzusehen, womit man die Beschränkung der Constitution hier rechtfertigen will, während ihr allgemeiner Charakter allein für die unbestrittene Begründung des Pfandrechts auf Seiten des Mannes sich als Beweis anführen läßt, wie wir vorher erwähnt haben. Offenbar entscheidet hier der klare Sinn, die Absicht des Gesetzes, ut

1) S. die unterschiedenen Worte in der Constitution.

2) S. Glück XIX. S. 90. und XXV. S. 194. (59.)

3) Vergl. *Mühlenbruch* Doctr. Pand. § 521.

4) *Id.* l. l. in f.

5) *Id.* l. l. §. 524. Fritz a. a. O. S. 441.

plenius dotibus (*omnes* noch dazu!) subveniatur. Für die gesetzliche Verpflichtung ist aber Folgendes zu berücksichtigen. Die Meinung Derer [1]), die ohne Zulassung eines Unterschiedes das Pfandrecht von dem Versprechen eines Heirathsguts abhängig machen, irrt, wenn sie sich deshalb darauf beruft, daß die Vermuthung, worauf es sich bei einem ausdrücklichen Versprechen stütze, nemlich daß dieses einer förmlichen Stipulation, die mit einem Pfandrecht versichert sei, gleichstehen solle, bei der gesetzlich zur Entrichtung einer Mitgift verpflichteten Person nicht Statt habe, im Schluß wie in der Voraussetzung. Das Pfandrecht ist hier durch die ausdrückliche Verordnung Justinians begründet, worin er diese Einrichtung selbst für Nachahmung der andern schon bestehenden gesetzlichen Pfandrechte erklärt, und als Grund die Begünstigung der Mitgift und die beabsichtigte Verwahrung Rechtsunkundiger vor Schaden angiebt. Der Stipulationen ist hier ihrer nur insofern Erwähnung geschehen, als das Wesentliche der Klage ex stipulatu Statt haben soll, ohne daß deren Formelles erfodert werde, also auch gleichviel, ob sie gültig oder ungültig seien. Wenn es nun ausdrücklich heißt, (schon der Titelüberschrift nach,) daß die früher Statt gefundene Rei uxoriae actio in die ex stipulatu im Allgemeinen verwandelt sein, und angenommen werden solle, daß die Stipulation in der Sache selbst liege (re ipsa subsecuta esse), ja in dem Begriff der Mitgift enthalten sei (dotibus inesse intelligungur), so wird beim Mangel alles Hindeutens darauf, daß nur eine versprochene Mitgift gemeint sein, und dem völlig allgemein gehaltenen Character der Constitution, so wie der frühern Gemeinschaftlichkeit der Rei uxoriae actio und der nunmehrigen Condicton auf die Mitgift, für gesetzliche und versprochene, wohl ein gegründeter Zweifel nicht weiter Statt finden können, daß die darin begründete gesetzliche Hypothek auf eine bestimmte Art der Mitgift, die versprochene, nicht beschränkt werden dürfe.

---

1) Glück XIX. 91 f.

Gegenstand der Foderung, welche dem Pfandrechte zum Grunde liegt, ist nun entweder die versprochene Summe der Mitgift, oder deren auf dem gesetzlichen Wege auszumittelnder Betrag für Die, welche ohne Versprechen zur Bestellung einer solchen verpflichtet sind; in beiden Fällen endlich umfaßt das Pfandrecht auch die aus etwaniger Entwährung entstehenden Rückansprüche.

B. Das Pfandrecht der Ehefrau (und ihrer Nachkommen) [1]) an dem gesammten Vermögen des Ehemannes, wozu die Mitgiftssachen und deren Surrogate auch gehören, (oder nach Justinian seines die Mitgift verwaltenden Parens):

a) wegen der eingebrachten Mitgift, an Geldern und (auch davon angeschafften) Sachen, deren Nutzungen, soweit sie an den Ehemann vor Vollziehung und nach Trennung der Ehe gekommen, und deren etwanigen Vermehrung, welches Justinian an Stelle des bis dahin für die Ehefrauen bestellten Privilegium exigendi, das vielleicht durch den entstandenen Gerichtsgebrauch veranlaßt worden, für die Mitgift ertheilte [2]). Dasselbe Pfandrecht muß der Braut zugesprochen werden [3]), welche dem Bräutigam bereits Namens der Mitgift etwas behändigt hat, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt. Denn Justinian hat in der schon vorher ihrem Inhalt nach ausführlicher gedachten Constitution die seinerseits neugeordneten Begünstigungen der Mitgift an den Begriff dieser selbst geknüpft; er hat ferner das gesetzliche Pfandrecht mit der für die Mitgift eingeführten und mit ihr verbundenen Klage ex stipulatu als etwas Unzertrennliches verschmolzen, und es war eigentlich nichts weiter als eine Umgestaltung und weitere Ausbildung des Privilegium exigendi. Nun wird aber sowohl der Begriff der Mitgift (Dos) fur das, was die Braut dem Bräutigam in der Art gegeben, daß es deren Stelle künftig vertreten solle, ausdrücklich anerkannt, als auch das Privilegium exigendi ihr

---

1) C. un. §. 1. *d.* coll. C. 30. (29.), der entgegengesetzter Meinung ist, und Fritz a. a. O. S. 437.
de Jure dotium.

2) S. auch Glück XIX. 98 ff.

3) S. nachher unter C. 1. a. E.

zugestanden [1]); es wird ferner Gleichstellung der Ehefrau mit der Braut in Bezug auf Mitgiftsstücke ausdrücklich ausgesprochen [2]), und endlich ist ja die Mitgift auch besonders begünstigt und anerkannt, daß dem Staat selbst an deren Erhaltung für die Frauen und Bräute gelegen sei [3]). Die von Andern [4]) dagegen erhobenen Zweifel erledigen sich hiernach: daß Justinian nicht ausdrücklich der Braut in seiner Constitution gedenkt, sondern nur von den Mulieres spricht, hat erstens den einfachen Grund, daß der Fall des Einbringens einer Mitgift von Seiten der Braut unendlich seltener ist, sondern regelmäßig von Seiten der Frau; daß ferner, der ausdrücklichen Erklärung der Gesetze nach, rücksichtlich der Gegenstände der Mitgift auch dann die Gleichstellung (s. vorher) Statt haben soll, wenn nur von der Frau die Rede ist; — idem jus tam de uxore quam de sponsa observari — *licet Lex Julia de uxore tantum loquatur!* — Dazu kommt zweitens, daß Mulier sehr oft für Sponsa gebraucht wird [5]), mithin Alles, was daraus gegen die diesseitige vertheidigte Meinung gefolgert werden soll, für dieselbe zeugt. Daß ferner (wenigstens früher) der

1) Fr. 17. §. 1. *de Reb. auctor. jud. poss.* — Si sponsa dedit dotem et nuptiis renunciatum est, tametsi ipsa dotem condicit, tamen aequum est, hanc ad privilegium admitti. (ULP. 63. *ad Ed.*) — Fr. 74. *de J. D.* — Si sponsa dotem dederit, nec nupserit, vel minor duodecim annis, ut uxor habeatur, exemplo dotis, condictioni, favoris ratione, privilegium, quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit. (HERM. 5. *Jur. Epit.*) Dagegen will Fr. 3. *de J. D.* — ubicunque igitur matrimonium non est, nec dos est, nichts weiter sagen, als daß der Begriff Dos nur in Bezug auf eine vorhabende Ehe Statt haben solle.

2) C. 5. *de Bon. quae liberis.* — [Julianus] qui quidem de dotali praedio tractatu proposito idem jus tam de uxore, quam de sponsa observari arbitratus est, licet lex Julia de uxore tantum loquatur.

3) Das vorher angeführte Fr. 17. §. 1. *d.* fährt so fort: — licet nullum matrimonium contractum sit. Idem puto dicendum, etiamsi minor duodecim annis in domum quasi uxor deducta sit, *licet nondum uxor sit.* Fr. 18. *eod.* Interest enim reipublicae, et hanc solidum consequi, *ut aetate permittente nubere possit.* (PAUL. 60. *ad Ed.*) vgl. Fr. 1. *Sol. matrim. dos.*

4) Namentlich Gesterding S. 143. und Glück XIX. S. 102 ff. und den meisten, auch den Neueren.

5) Z. B. in allen von Glück selbst dazu angeführten Stellen, daß der Braut nur die Condictio caussa data etc. zustehe, s. Fr. 7. pr. und §. 1. Fr. 8. 9. 10. *Caussa data cssa non secuta.*

Braut die Condictio caussa data non secuta wohl zugestanden, aber nicht die Rei uxoriae actio, welche allein doch nur Justinian in die ex stipulatu verwandelt habe, davon ist zwar das Erste richtig; allein darin liegt doch immer kein Beweis der Unverträglichkeit mit der letzten, wenn sie sonst als der Braut zuständig zu erweisen ist, sondern sie können ja sehr wohl neben einander bestanden haben. Indessen scheint weit weniger darauf anzukommen, ob der Braut die R. ux. actio zugestanden habe, als ob ihr nach Justinians Constitution die neue ex stipulatu actio auch zugeschrieben werden könne; das mögte darum nicht zu bezweifeln sein, weil jene Constitution sowohl die alte R. ux. actio, als auch die frühere ex stipulatu actio betrifft, beider communiones et differentias resecat, und eine neue an deren Stelle setzt. So richtig es nun auch ist, daß der Braut sowohl vor der Constitution die genannte Condiction [1]) zustand, als sie ihr noch jetzt nicht wird versagt werden können, so wenig ist doch die Möglichkeit zu leugnen, daß sie bei Behändigung der Mitgift an den Bräutigam eine Stipulation wegen deren Rückgabe, und zwar sowohl wenn die Ehe nicht zu Stande kommen sollte [2]), als für den Fall der Auflösung der Ehe, eingehen konnte, woraus sich von selbst ergiebt, daß der Braut alsdann die ex stipulatu actio schon vor der Constitution zugestanden haben müsse. Damit ist nun der Schluß begründet, daß diese Klage unter der zu Eingang im Allgemeinen erwähnten ex stipulatu actio mitverstanden werden müsse, und für sie die Umschmelzung in die neue Klage gleichen Namens auch mitgelte, und um so mehr, da sie als eine absolute Folge des Begriffs der Mitgift (Dos) erscheint, der für die Braut ebensowohl als für die Frau statt findet. Völlig nichtssagend ist endlich der Grund, daß zu Gunsten der Mitgift sich viele Aeußerungen in den Pandecten finden, die nur auf die Ehefrau passen; denn dagegen finden sich wiederum andere, die lediglich auf Unverheirathete pas-

---

1) Alle davon handelnden Stellen (s. d. vor. Anm.) betreffen Fälle, wo keine Stipulation geschehen war.

2) Daß dies nicht etwa contra bonos mores sei, beweist Fr. 9. pr. *d.*

sen [1]). Zieht man nun den allgemeinen gesammten Character der Justinianeischen Constitution in Betracht, und daß er dieses Pfandrecht an einem andern Orte [2]) ausdrücklich nur für eine Ausbildung des Privilegium exigendi erklärt, was die Gegner den Bräuten selbst nicht streitig machen [3]), so wird die vertheidigte Ansicht genügend gerechtfertigt erscheinen, und daß es sich hier nicht von einer Ausdehnung des gesetzlichen Pfandrechts handele, sondern nur von einem richtigen Verständniß desselben.

2. Nicht minder bestritten ist nach römischem Rechte die Frage, ob der vermeintlichen Ehefrau, d. h. der, die eine nichtige Ehe im guten Glauben geschlossen, auch dieses Pfandrecht zustehen müsse, obwohl hier von vorn herein einleuchten wird, daß ihr noch weniger Zweifel entgegengestellt werden können, als der Braut, und damit sind auch wirklich die Meisten einverstanden. Doch hat die entgegengesetzte Ansicht noch in der neuern Zeit einen sehr angesehenen Vertheidiger in Glück [4]) gefunden, nach welchem der vermeintlichen Ehefrau nur das Privilegium exigendi zugestanden werden soll. Allein auch diese Frage muß zu Gunsten der Ehefrauen entschieden werden. Denn die Regel, daß in einer vermeintlichen Ehe die Vortheile der wirklichen dem unschuldigen Theil im Allgemeinen zu Gute kommen sollen, ist fürs Erste ebenso klar zu beweisen, als daß der Begriff von Mitgift (Dos) Statt habe [5]). Müssen nun aber hier wiederum alle vorher in Bezug auf die Braut gebrauchten Beweisgründe gelten, so kommt es nur darauf an, die Gegenbeweisgründe zu prüfen. Als solche stellt man zuerst den Satz auf, daß im römischen Rechte der Begriff der Dos überhaupt nur

---

1) S. die vorher angeführten Fr. 17. in f. 18. und 19. *de Reb. auct. jud.*

2) C. ult. §. 1. *Qui potiores.*

3) Glück a. a. O. S. 106.

4) a. a. O. S. 107 ff.

5) Fr. 22. §. 13. *Soluto Matrimonio.* — Si mulier in conditione mariti erraverit, putaveritque esse liberum cum servus esset, concedi oportet quasi privilegium in bonis viri mulieri, videlicet ut si sint et alii creditores, haec praeferatur circa de peculio actionem, et si forte domino aliquid debeat servus, non praeferatur mulier, nisi in his tantum rebus, quae vel in dote datae sunt, vel ex dote comparatae, quasi et hae dotales sint.

für eine gültig bestehende Ehe aufgestellt werde, und daß er namentlich für die vermeintliche geleugnet sei: denn **Fr. 3.** *de J. D.* heiße es: Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt [neque enim dos sine matrimonio esse potest; ubicunque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est]; und **Fr. 1. §§. 3. 4.** *pro Dote:* Cassius scribit, et si putavit maritus, esse sibi matrimonium, cum non esset, usucapere eum non posse, quia nulla dos sit, quae sententia habet rationem. (Beide Stellen aus **ULP. 63.** *ad Ed.*) Wären diese Stellen so zu verstehen, wie man sie anwendet, so müßten sie mit andern, namentlich den vorher in den Anmerkungen gestellten, in geradem Widerspruch stehen, und doch hat noch Niemand einen solchen gerügt. Die erste enthält lediglich einen allgemeinen Grundsatz, dessen Richtigkeit ebensowenig geleugnet werden kann, als daß er ganz passend und verständig an die Spitze der Lehre von der Mitgift gestellt ist; allein ohne Ausnahmen gäbe es keine Regel, und so ist denn auch vorher schon gezeigt worden, daß der Begriff Dos auch für die Braut Statt habe, wenn gar keine Ehe nachgefolgt, woraus sich ergiebt, daß er für die vermeintliche Ehefrau um so mehr Platz ergreife, und ohnedies auch wirklich gebraucht wird [1]. — Die zweite Stelle hätte schon ihrer Titelinschrift nach richtig beurtheilt werden können, indem deren Inhalt lediglich die Beziehung auf die Ersitzung zum Grunde liegt, welche nicht nur die Wahrheit, sondern auch die Rechtsgültigkeit einer Thatsache, welche ihr zum Titel dienen soll, so weit verlangt, daß z. B. eines rechtsgültigen Testamentes ungeachtet pro legato nicht ersessen werden kann, wenn keine testamenti factio mit dem Vermächtnißnehmer besteht [2]. Wenn ferner in der Lehre von der Ersitzung manches Regelwidrige und Abweichende erscheint, so kann dies darum nicht auffallen, weil in ihr gerade unter den römischen Juristen große Streitigkeiten ob-

---

1) S. die Stelle in der vor. Anm., vgl. ferner **Fr. 67.** *de J. D.* in f.
2) **Fr. 7.** *pro Legato.*

walteten. So z. B.[1]) soll der eben gedachten Vorschrift ungeachtet ein zu Recht nicht beständig hinterlassenes, oder wieder zurückgenommenes Vermächtniß dennoch zur Ersitzung genügen. Dies auf andere Weise mit der **Fr. 1. §. 3.** *d.* ausgesprochenen Unzulässigkeit der Ersitzung eines Mitgiftstücks zu vereinigen ist unmöglich; daraus gestaltet sich nun, wenn die mehrgedachten Stellen gemeinschaftlich in Betracht gezogen werden, wo Dos von Bräuten und vermeintlichen Ehefrauen gebraucht wird, der Schluß, daß dieser Begriff in solchen Fällen allemal dann von rechtlicher Wirksamkeit ist, wenn es sich um deren Vortheil handelt, sonst aber nicht; gerade wie bei dem s. g. hinkenden Vertrag, d. h. einem solchen zwischen einem Unmündigen und einem Andern, welcher soweit gilt, als er dem erstern von Vortheil ist[2]). — Gegen die daher endlich geleiteten Beweisgründe, daß der vermeintlichen Ehefrau nur eine Condiction zugestanden werde, um ihre Mitgift zurückzufodern[3]), ist wiederum Alles das zu berücksichtigen, was vorher oben darüber von der Braut gesagt worden, daß nemlich, wenn eine Stipulation eingegangen worden, die ex stipulatu actio Statt haben müsse; daß, da ferner die Justinianeische reformirende Constitution[4]) die letzte lediglich an den Begriff der Mitgift binde und in diesen selbst als unzertrennliche Folge hineinlege, derselbe aber für die vermeintliche Ehefrau selbst da anerkannt werde, wo von Rückfoderung deren Mitgift die Rede ist[5]), endlich der ohne Unterscheidung gebrauchte Ausdruck Mulier auch auf die vermeintliche Ehefrau bezogen werden darf, die allgemeine Umgestaltung der Klagen wegen Rückgabe der Mitgift als eine durchgreifende auf die der letztern volle Anwendung leide. Es versteht sich, daß hier überall ein guter Glaube

---

1) S. Fr. ult. *eod.*, wo es heißt: — sed etsi non jure legatum relinquatur vel legatum ademtum est, pro legato usucapi post magnas varietates obtinuit.

2) Bucher Recht der Foderungen §. 15.

3) C. 1. *de Cond. ob css. dator.* Es ist jedoch in Anschlag zu bringen, daß hier sogar dann die Lesart geringer Autoritäten angenommen ist, s. Glück a. a. O. S. 109.

4) Un. *de Rei uxor. act.*

5) C. 3. *Soluto matrim.* — Si ignorans statum Erotis, ut liberum duxisti, et dotem dedisti, isque postea servus est judicatus, dotem ex peculio recipies etc.

der Ehefrau vorausgesetzt ist, in dem sie die Ehe eingegangen; sind ihr dagegen die derselben entgegenstehenden Hindernisse bekannt gewesen, so müßte ihr freilich die Wohlthat der Gesetze abgesprochen werden, weil durch Freveln gegen diese Niemand der erstern theilhaftig werden kann.

Durch das canonische Recht hat der Zweifel, welchen auch nach römischem Recht zu zerstreuen die vorherige Darstellung bemüht gewesen ist, überhaupt gar nicht Statt; nach ihm werden demjenigen Ehegatten, dessen Unwissenheit der Verhältnisse, welche die Ehe unzulässig machen, zu entschuldigen ist, die Wirkungen einer vollgültigen Ehe zugestanden [1]).

3. Die dritte Frage von der Zuständigkeit des Pfandrechts betrifft die jüdischen Ehefrauen [2]). Diese entsteht nemlich durch die spätere Verordnung Justinians, worin er allen nicht christlich rechtgläubigen Ehefrauen die solchen zum Besten getroffenen Rechtswohlthaten absprach [3]). Soviel steht fest, daß darunter die jüdischen Ehefrauen als mitgemeint zu verstehen seien [4]); es fragt sich nur um die heutige Anwendung. Hier scheinen folgende Grundsätze anzunehmen zu sein. In den Ländern, wo durch partikularrechtliche Bestimmungen über den Zustand und die bürgerlichen Verhältnisse der Juden nichts Besonderes bestimmt ist, sondern dieselben dem deutsch-rechtlichen Herkommen nach als Schutzverwandte behandelt werden, kann jene keinem Bedenken unterliegen. Ist hingegen für die Juden durch Gleichstellung mit den Christen und Verleihung der staatsbürgerlichen Rechte eine Aenderung jener eingetreten, so würde es vor Allem auf die Wortfassung und den Sinn des

---

1) C. 14. X. *Qui filii sint legitimi.*

2) S. bei Glück XIX. S. 111. Seuffert a. a. O. II. S. 113.

3) Nov. CIX. — Omnibus — manifestum facimus, nos et hoc privilegium et tacitas hypothecas ceteraque omnia quae mulieribus in diversis privilegiis a legibus nostris data sunt, illis solis concedere, (ut iis fruantur, et beneficiis eorum utantur) quibus curae est, ut rectam et adorantem nostram fidem (Catholicae scilicet et Apostolicae Ecclesiae) teneant et de salutari ejus communione participent. —

4) Glück a. a. O. S. 118—20. Seuffert a. a. O. Fritz a. a. O. S. 438 ff.

darüber sprechenden Gesetzes ankommen, um zu beurtheilen, wie die Theilnahme der Juden an den Gesetzen und deren Wohlthaten zu verstehen sei. Denn so z. B. haben die Juden am römischen Rechte, da sie darnach gerichtet werden [1]), im Allgemeinen Theil, im Besondern finden aber doch Ausnahmen, wie die obige, Statt. Sind also bei einer partikularrechtlichen Gleichstellung der Juden nur die politischen Rechte derselben gemeint [2]), so kann daraus für sie jenes Pfandrecht nicht gefolgert werden; ist hingegen eine volle Theilnahme auch an den bürgerlichen Gesetzen zu verstehen, so muß das Gegentheil angenommen werden. — Das Privilegium exigendi kann freilich den Judenfrauen nicht abgesprochen werden, weil es ihnen durch die Justinianeische Verordnung nicht genommen, und nach römischem Rechte als zuständig zu betrachten ist.

Soviel die Anwendung der Novelle in jetziger Zeit auf die Ehefrauen verschiedener christlicher Secten, auch der sonst sogenannten Ketzer anlangt, so kann sie darum nicht mehr Statt finden, weil nach der deutschen Bundesacte [3]) völlige Gleichstellung der bürgerlichen Rechte aller christlichen Glaubensgenossen ausgesprochen, und dadurch jene in bester Form modificirt und aufgehoben ist. Ohnedies würde sich, bei gänzlich geändertem Zustande der christlichen Kirche, der Begriff der Ketzer nicht mehr nach dem Sinn der Novelle anwenden lassen, denn die evangelische Kirche hat denselben gar nicht, und selbst vor weltlichen Gerichten katholischer Länder mögte er heutigen Tages ebenso wenig einen Unterschied des Richtspruchs bewirken.

4. Die letzte Frage endlich von der Zuständigkeit dieses Pfandrechts betrifft dritte Personen, d. h., die für die Frauen die Mitgift bestellt und sich deren Rückfall ausbedungen haben [4]). Diese hätte wohl bei dem wenigstens unzweifelhaft von der Frau allein redenden Gesetze [5]) nicht entstehen können, wenn man sich nicht durch die in demselben vorkom=

1) C. 8. *de Judaeis.*
2) S. Klüber a. a. O. §§. 4. 232. 465. 525. 529.
3) Art. XVI. Klüber §. 526.
4) S. Glück a. a. O. S. 120 ff. Löhr im Archiv Bd. V. S. 290 ff. u. 309.
5) C. un. §. 1. u. 13. *d.*

menden Worte: sive ipsae principales personae dederint, sive aliae pro his personae, hätte irre leiten lassen; allein diese wollen ja nicht sagen, daß dritte Personen auch die stillschweigende Hypothek haben sollen, sondern die Weiber auch dann, wenn Dritte für sie die Mitgift hergegeben haben [1]).

Zu dem Inbegriff des Heirathsguts gehören alle Vermehrungen desselben während der Ehe, (oder schon vorher, wenn die Mitgift vor deren Eingehung übergeben worden ist,) jedoch sind die Früchte und Nutzungen nicht dazu zu rechnen, weil diese Eigenthum des Mannes werden, mit Ausnahme der vor Eingehung und nach Trennung der Ehe gewonnenen, die der Mitgift gleich behandelt werden [2]).

b) Das Pfandrecht der Ehefrau wegen des s. g. Paraphernalvermögens, soweit dies in Capitalien besteht, die der Mann in Gemäßheit der Ehestiftung erhoben hat [3]). Dasselbe erstreckt sich also nur auf die vom Ehemann wirklich eingezogenen und dann etwa wieder ausgeliehenen Capitalien, ohne daß er jedoch im geringsten wegen derselben, so lange er sie noch nicht eingezogen hat, etwa für deren Verwaltung in der Art haftete, wie ein Vormund, so daß er sie z. B. gegen eigene Verwortlichkeit einziehen müßte u. s. w.; denn die Frau begiebt sich des Verfügungsrechts nicht, sondern der Mann erscheint nur gewissermaßen wie ihr Bevollmächtigter. In jenem Fall hingegen haftet er, und zwar wird von ihm dieselbe Sorgfalt, wie bei der Verwaltung eigener Angelegenheiten erfodert. Dieses allgemeine gesetzliche Pfandrecht fällt weg, wenn der Mann eine ausdrückliche Hypothek bestellt hat. — Die deutsche Praxis [4]) hat dieses

---

1) Dessen ungeachtet findet sich die irrige Meinung noch in neuen Lehrbüchern, z. B. Malett §. 332.

2) Glück S. 123.

3) C. 11. *de Pactis convent.* — Si mulier marito suo nomina (i. e. foeneraticias cautiones), quae extra dotem sunt, dederit, ut loco peraphernorum apud maritum maneant, et hoc dotali instrumento fuerit adscriptum — sancimus — si quidem in dotali instrumento hypothecae pro his nominatim a marito scriptae sunt, his esse mulierem ad cautelam suam contentam. Sin autem minime hoc scriptum inveniatur, ex praesenti nostra lege habeat hypothecam contra res mariti, ex quo pecunias ille exegit.

4) Glück XIX. S. 124.

Pfandrecht auf das ganze Paraphernalvermögen ohne Ausnahme ausgedehnt, mithin auch auf gleich Anfangs statt Urkunden gegebenen baaren Geldes. — Daß dasselbe auch den vermeintlichen Ehefrauen zuständig sei, ist wenigstens nach canonischem Rechte gewiß, vom römischen gilt ebenfalls das unter Zahl 2. Gesagte.

c) Das Pfandrecht der Ehefrauen für die Schenkung wegen der Hochzeit. Nur Wenige ziehen dasselbe in Zweifel, allein gegen den klar sprechenden Inhalt der Gesetze [1]). Es ist hier nicht der Ort, ausführlich, jedoch unerläßlich, in kurzen Andeutungen von dieser Einrichtung des römischen Rechts zu handeln [2]). Sie entstand wahrscheinlich aus einer morgenländischen Sitte [3]), vielleicht auch hergenommen von den Deutschen oder Galliern [4]), daß gewissermaßen als Vergeltung, Remuneration, für die Mitgift eine bestimmte Summe zu gleichem Zweck, wie letztere und nach Auflösung der Ehe, wenigstens falls Kinder vorhanden, den Weibern zu ihrer und ihrer Kinder Ernährung dienen solle, welche die römischen Kaiser erst in's römische Recht aufnahmen. Ihre Bestellung konnte auch von Seiten eines Dritten, wie die der Mitgift, ausgehen; deren Gegenstände verbleiben während stehender Ehe, gleich dem Heirathsgut, zwar in den Händen des Mannes, doch aber gewissermaßen der Frau gehörig, und dienen gleichsam als Antipherna zur Tragung der ehelichen Lasten, wie die Mitgift. Demnach durfte der Mann ein dazu gehöriges Grundstück so wenig veräußern (s. o. §. 14. I. B.), wie ein Mitgiftsgrundstück; stirbt die Frau in der Ehe, so fällt die Schenkung wegen der Hochzeit an den Mann zurück, oder an den Dritten, der sie bestellt und sich dies ausbedungen hat; wird die Ehe geschieden, so wird es mit der Schenkung wegen der Hochzeit ebenso gehalten, wie auf der andern Seite mit der Mitgift. Ebenso kann sie, gleich letzterer, Gegenstand von Verträgen zwischen den

---

1) Cap. 1. *Nov.* CIX. Vergl. Glück XIX. S. 127 ff.

2) S. Warnkönig im Archiv XIII. 1 ff. Löhr ebdas. XV. 439 ff.

3) *Mühlenbruch* l. l. §. 539.

4) *Caesar* de Bello gallico, VI. 19.

Eheleuten rücksichtlich des Anfalls werden, nur daß dann Gleichheit der Summen geboten ist; endlich muß die Schenkung der Mitgift am Betrage gleichstehen, und wie sich eine von selbst vermindert oder vermehrt, muß es mit der andern auch geschehen. Gewöhnlich wird diese Rechtseinrichtung als völlig unpraktisch und außer Gebrauch gekommen dargestellt, weil man dieselbe gar nicht ordentlich kannte, wofür Andere annahmen, daß das Witthum oder Leibgedinge an deren Stelle getreten sei [1]), Dritte [2]) hingegen gerade das Gegentheil behaupteten, nemlich daß sie, als im genauesten Verhältniß mit der römischen Lehre von der Dos stehend, auch mit dieser bei uns zur vollen Anwendung gelangt sei. Soviel ist richtig, daß die deutschrechtlichen Begriffe: Widerlage, Gegengeld, Gegensteuer, Gegenvermächtniß, Widergift, dem römischen propter nuptias Donatio völlig entsprechen. Dieser Zusammenhang ist vielleicht, eben wegen des deutsch-rechtlichen Ursprungs der letztern, sehr natürlich zu erklären; im Mittelalter findet sich dafür antidos und contrados, und im canonischen Rechte [3]) selbst propter nuptias Donatio. Läßt sich nun wiederum nachweisen [4]), daß die pr. n. Donatio aus dem römischen Rechte in deutsch-römische Gesetzsammlungen (z. B. der Westgothen), also veredelt, zurückgegangen sei, und sich auch in spätere altdeutsche Gesetzbücher übergetragen findet, so wäre es doch offenbar eine große Wunderlichkeit, wenn wir das Wesentliche dieser Rechtseinrichtung stets gehabt haben und noch haben, wenn sie ferner, selbst deutschen Ursprungs, zur römischen Ausbildung Veranlassung gegeben, und diese durch die deutsch-römischen Gesetzbücher wieder zu uns zurückgekommen, nachdem endlich das ganze römische Recht in Deutschland aufgenommen worden, gerade dessen Vorschriften über ein ursprünglich deutsches Rechtsherkommen, welches noch vorhanden, und nur nach dem höhern Standpunkt des rö-

---

1) S. die bei Glück XV. S. 309. (28.) Genannten, (darunter Thibaut, Mackeldey, Weber und Roßhirt).

2) Darunter Ester, Puffendorf, Eisenhart, Einert, Hoffmann.

3) C. 8. X. *de Donation. i. v. et ux.*

4) Glück XXV. S. 312.

mischen Rechts ausgebildet ist, dem die spätere und jetzige Volksbildung der Deutschen wenigstens angemessen ist, zurückzuweisen! — Der Grund der Schenkung wegen der Hochzeit, oder der ihr ganz gleichstehenden Widerlage, ist somit ein Vertrag; das Einzige scheint sich durch das deutsche Gewohnheitsrecht festgestellt zu haben, daß die Gleichheit, welche das römische Recht rücksichtlich der Mitgift erfodert, verschwunden ist. Und so muß auch das im römischen Rechte geordnete stillschweigende Pfandrecht für die Schenkung wegen der Hochzeit noch heutzutage sowohl bei dieser, als auch der s. g. Widerlage, Gegenvermächtniß u. s. w. Statt haben, wenn auch Manche [1]) dagegen sind.

d) Was das deutsch-rechtliche Witthum, Leibzucht, Leibgedinge (Vidualitium, Vitalitium, Dotalitium) — ersteres ist von den letzteren eigentlich so unterschieden, daß es keine Mitgift voraussetzt, oder keine Beziehung darauf hat, also die Frau sie zurückerhält, wohl aber die letzteren — anlangt [2]), wie es im neuern deutschen Rechte, gemischt aus dessen älteren Grundsätzen und römischen besteht, und richtiger mit den beiden letzteren Namen benannt wird, d. h. Einkünfte, welche die Wittwe aus des Mannes Gütern zieht, und dagegen ihr Heirathsgut inneläßt, um standesmäßig zu leben, auch häufig Gegenvermächtniß genannt und verwechselt mit der Schenkung wegen der Hochzeit; — so besteht für das erstere, als einen reinen Gewinn der Frau, kein gesetzliches Pfandrecht [3]), doch wird ihr ein Innebehaltungsrecht an dem Nachlaß ihres Mannes zugesprochen [4]). Mit dem Leibgedinge verhält es sich gerade umgekehrt; denn weil durch dessen Begriff der des Eingebrachten verloren geht, so muß es auch an dessen Stelle treten, und alle seine Rechte genießen, also auch das Pfandrecht.

e) Die Morgengabe endlich, welche reindeutschen Ursprungs ist [5]), wird alleiniges und volles Eigenthum der Frau; daher kann, wenn sie bestellt worden, von keinem

---

1) S. bei Glück XXV. S. 319. der gar keine Meinung hat.

2) S. Glück a. a. O.

3) Arg. C. 12. §. 2. *Qui potiores.* a verbis: Nec enim pro lucro. Glück a. a. O. S. 326. (76.)

4) Ders. 327.

5) Ders. XXIV. S. 412 ff.

Pfandrecht für sie die Rede sein [1]); wenn sie aber die Frau dem Manne läßt, so würde es darauf ankommen, ob dies so auszulegen wäre, daß sie Mitgiftsvermehrung oder Paraphernalstück sein solle. Ist sie nicht übergeben, also blos versprochen worden, so besteht nur ein persönliches Recht dafür. Partikularrechtlich finden sich aber Pfandrechte angeordnet [2]).

f) Die Hochzeitgeschenke, welche in der Regel beiden Eheleuten gemeinschaftlich gehören, werden, wenn sie die Frau dem Mann zu ihrem Theil überläßt, zu dem Paraphernalvermögen gerechnet und sie hat deswegen ein stillschweigendes Pfandrecht [3]), obwohl kein bevorzugtes. Von Manchen werden sie sogar nach jetzigem Gerichtsgebrauch zu den Mitgiftsstücken der Frau gezählt.

C. Die Kinder haben nach dem Tode des einen ihrer Eltern rücksichtlich dessen Nachlasses, soweit er auf sie fällt, und in des andern Händen bleibt, an dem Vermögen dieses letztern ein gesetzliches Pfandrecht, und zwar:

1. die in der väterlichen Gewalt stehenden Kinder an dem Vermögen des Vaters wegen des mütterlichen Vermögens, oder der ihnen von Verwandten aufsteigender mütterlicher Linie [4]) zugefallenen Vermögenstheile, woran er die Verwaltung hat [5]); doch dürfen die Kinder dieses Pfandrecht nicht benutzen, die Verwaltung des Vaters zur Rechenschaft zu ziehen.

---

1) Bülow und Hagemann Erörter. II. S. 318.

2) Hoffmanns deutsches Eherecht. §. 19.

3) Ders. S. 423.

4) S. Glück XIX. Seite 134. Pfeiffer Ausführ. I. 5. S. 34.

5) C. 8. §§. 4. 5. *de Secund. nuptiis.* — In illo etiam veterem sanctionem adimplentes praecipimus, exemplo matris, cujus res post secundas nuptias filiis ex priore matrimonio natis suppositae sunt, ad conservanda iis lucra, quae ex priore matrimonio ad eam pervenerunt, patris quoque bona, quae habet habiturusque est, filiis ex priore matrimonio natis post secundas ejus nuptias ad ea conservanda, quae ex eorum matre lucratus est, supposita esse. §. 5. Illius etiam patris, qui in sua potestate talem liberum vel liberos habens, maternam iis substantiam, vel ex materna linea ad eos devolutam servare compellitur, bona iisdem liberis supposita esse ad conservandas easdem maternas res decernimus, ita tamen, ut occasione talium hypothecarum neque patris neque matris administrationem filii valeant perscrutari, vel aliquam iis movere super hoc

Dieses Pfandrecht, rücksichtlich dessen man früher nur darüber zweifelhaft war, ob es Statt habe, wenn der Vater nicht zur zweiten Ehe geschritten sei, und ob mütterliche Seitenverwandte auch mit zu verstehen seien, ist in neuerer Zeit von Löhr[1]) ganz und gar geleugnet worden, der auch, des erfahrenen Widerspruchs Meyers[2]) ungeachtet, seine Meinung nochmals standhaft vertheidigt hat[3]). Dieselbe beruhet theils auf einer eigenthümlichen aber irrigen Auslegung der vorher angeführten Justinianeischen Constitution, theils auf einer Verwechselung und nicht genauen Unterscheidung der Kinder; eine Irrung, die sich freilich auch bei den Lehrern der entgegengesetzten Ansicht findet. Löhr nemlich „verwirft die Paragraphenabtheilung zwischen dem sonst gewöhnlichen vierten und fünften, und versteht nun, daß darin verordnet sei, das Pfandrecht wegen der lucra nuptialia am Vermögen der Mutter, die sich wiederverheirathet, solle auch an des Vaters Vermögen Statt haben, wenn dieser zur zweiten Ehe schreitet, und zwar nicht allein, wenn die Kinder eigenen Rechtens sind, sondern auch wenn sie sich noch in der Gewalt des Vaters befinden, nicht allein zum Vortheil der Kinder, sondern auch zu dem der Enkel. — Ohne die Annahme dieses Sinnes, sei unbegreiflich, was res ex materna linea ad eos devolutae sein sollen, da sie einen Gegensatz zu den res maternae bilden, und durch das folgende eaedem res maternae noch unbegreiflicher würden. Da beide schon vor Justinian Eigenthum der Hauskinder gewesen, so sei unerklärlich, wie Justinian sagen könne, daß der Vater easdem servare compellatur. Warum ferner solle das Pfandrecht nicht ad conservandas res maternas, sondern ad *easdem* res maternas Statt finden, und wie überhaupt von conservare hier die Rede sein können? — Wenn es sodann heiße: neque matris administrationem filii valeant perscrutari, so scheine es vollends, als solle die Mut-

---

quaestionem, quum perspicui sit juris, etiamsi alienata fuerint eorum bona, quae extra memorata lucra vel maternas res sunt, jus hypothecae integrum iisdem manere filiis.

1) Archiv für civil. Praxis IX. 71 ff.

2) Tübinger critische Zeitschrift II. S. 110. ff. vergl. Erlanger Jahrbücher V. S. 280.

3) Archiv X. S. 386 ff.

ter eine väterliche Gewalt haben? — Seine (Löhr's) Meinung bestätige dagegen, außer der Stellung jener Constitution in dem Titel de secundis nuptiis, die ganze Fassung des fünften Paragraphen, der nur den Inhalt des ersten genauer bestimmen solle; talis zeige nicht auf Kinder ex priore matrimonio nati, sondern damit seien solche gemeint, denen der parens lucra prioris matrimonii aufzuheben habe. Nur von dem mütterlichen Vermögen sei die Rede, wie im vierten Paragraphen, d. h. den lucra, welche der Vater seinen Kindern aufbewahren solle, und nur ad conservandas easdem res solle das Pfandrecht Statt finden, das beweise die unmittelbare Erwähnung von des Vaters und der Mutter Verwaltung, die nur in diesem Zusammenhange denkbar sei. Denn unmöglich könne man doch ernstlich annehmen, daß, wenn verschiedene Verordnungen in den beiden Paragraphen vorhanden seien, der Schluß des letztern sich auch auf den erstern beziehe." —

Die Stellung der fraglichen Constitution unter den Titel de secundis nuptiis darf nicht auffallen, wenn man beachtet, daß sie doch einmal im Ganzen dahin gehört, weil sie von der zweiten Ehe handelt. Vorausgesetzt, daß das von Löhr bestrittene Pfandrecht wirklich darin enthalten sei, würde es nicht eine sehr unnatürliche Trennung gewesen sein, die bezüglichen Paragraphen in einen andern Titel einzuschieben? Dieser Einwand ist eben so unbedeutend, als es der wäre, daß die das Pfandrecht der Ehefrauen für die Mitgift bestellende Constitution in dem Titel de Jure dotium stehe, und nicht unter dem In quibus caussis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. — Auf die ferner gerügten Widersinnigkeiten und Unbegreiflichkeiten läßt sich eigentlich im Einzelnen nichts erwidern, da sie eines Theils Folgerungen aus der Constitution voraussetzen, die schwerlich zusagen mögten, andern Theils die bekanntesten und unbestrittensten Rechtswahrheiten in Frage stellen. Wenn nun zwar die bona materni generis schon früher allerdings Eigenthum der Kinder waren, so ist doch das vom Vater gebrauchte, ad eas (res) conservandas compelli, ganz der Sache angemessen, indem er ja in der That die Obliegenheit

hat, für deren Unversehrtheit mit allem Fleiß, wie ein Curator, zu sorgen. Daß es heißt: *easdem* res maternas, ist eine unendlich häufige Redensart des spätern Lateins, welche unserm sothane ganz gleich steht, und kann nicht dafür angesehen werden, als müsse es auf etwas Besonderes schließen lassen, so wenig, wie das kurz vorher stehende iisdem liberis. Die Verwaltung der Mutter am Schluß des fünften Paragraphen, die allerdings nicht auf etwanige bona paterna zu beziehen ist, kann doch von nichts Anderm, als den im vierten Paragraphen erwähnten lucra nuptialia verstanden werden; — oder wäre ein solches Zurückgreifen mit Ueberspringung eines Zwischensatzes in der Sprache Justinians etwas so Unerhörtes? Es wird ja auch überdies durch das vorhergehende talium hypothecarum darum deutlich genug gemacht, weil unter diesem allgemeinen Pluralis die besondere mitbegriffen ist, wo von einer Verwaltung der Mutter allerdings die Rede sein kann, eben nemlich der über die lucra nuptialia. Die Beurtheilung der Erklärung von talis kann aber unbedenklich Jedem selbst überlassen werden. Bei der ganzen Löhrschen Beweisführung ist ferner nöthig[1]), die bona materna des fünften Paragraphen für gleichbedeutend mit lucra nuptialia zu halten; ja noch mehr, dieselbe Bedeutung müßte auch den bonis ex materna linea ad eos devolutis beigelegt werden. Man kann zwar zugeben, daß eine Paragraphenabtheilung nicht am rechten Orte sei, und ein einfaches Punktum am richtigsten wäre; allein nach der Löhrschen Abtheilung würde nicht nur der Tadel einer wirklich unerhörten Breite der Construction begründet sein, den er selbst, ihn nur auf den fünften Paragraphen beziehend — während er doch beide Paragraphen als angeblich zusammengehörig treffen würde — nur mit der schwachen Entgegnung, daß dieselbe nichts seltenes sei, beantworten kann, sondern es läßt sich dabei noch zweierlei herausheben, was die Löhrsche Meinung in sprachlicher Hinsicht durchaus unzulässig macht. Erstens nemlich sind die Benennungen der Kinder da, wo nur irgend Etwas darauf ankommen kann,

---

1) Man s. S. 388. Bd. X. des Archivs.

in den Pandecten ebensowohl, als in der Sprache des Codex stets geschieden und so gebraucht; wenn nun im vierten Paragraphen nach jetziger Abtheilung unter den dort genannten liberi, wie auch dogmatisch ganz richtig ist, sowohl aus der Gewalt entlassene, als darin stehende Kinder gemeint sind, so wäre es bei der den Justinianeischen Constitutionen mit vollem Rechte nachzurühmenden Genauigkeit im Ausdruck[1]) eine ebenso unerhörte Vermischung der Begriffe und Willkühr, die im fünften Paragraphen gedachten Kinder, welche noch in väterlicher Gewalt stehen, auch im vierten, wo schlechthin liberi genannt sind, verstanden wissen zu wollen, als wegen der Wiederholung derselben schon besprochenen Sache im unmittelbar darauf folgenden Satze eine unmäßig überladene Construction[2]). Endlich ergeben die Schlußworte des letzten Paragraphen eine deutliche Gegeneinanderstellung der bona materna und lucra nuptialia, und das Anerkenntniß der Hypothek für beide[3]).

Hiernach wird wohl das Pfandrecht für das mütterliche Vermögen der Kinder, die sich in des Vaters Gewalt befinden, gegen die neueren Zweifel gerechtfertigt erscheinen; darin aber irren allerdings Manche oder drücken sich wenigstens nicht deutlich genug aus[4]), wenn sie den Kindern das-

---

1) S. meine Vorrede zum VI. Bande des deutschen Corpus Juris S. X.

2) Man stelle sich nur folgenden Satz (mit dem doppelten Verbo!) vor: In illo etiam — praecipimus — patris quoque bona — filiis ex priore matrimonio natis — ad ea conservanda, quae ex eorum matre lucratus est, supposita esse, illius etiam patris qui in potestate talem liberum vel liberos habens maternam eis substantiam, vel ex materna linea ad eos devolutam servare compellitur, bona iisdem liberis supposita esse ad conservandas easdem maternas res decernimus; etc.

3) Statt dessen schließt Löhr (der also das: vel in: memorata lucra vel maternas res, für *id est* erklären muß) mit dem dunkeln Satz: „daß die res nuptiales in C. 1—3. *de Bonis quae lib.* zwar mit denen in C. 6. §. 1. *eod.* gleichbedeutend, aber wesentlich verschieden seien von den bonis materni generis, und lucra quae pater servare compellitur, werde wohl keiner Bemerkung bedürfen." — Allein in C. 1—3. ist gar nicht von res nuptiales die Rede, wozu noch überdies der Beweis des Unterschieds von den letztern, für jetzt und wahrscheinlich auch für alle Zukunft verborgen bleiben wird. Auch Fritz, von S. 433. an, widerlegt die Löhrsche Meinung ausführlich und zum Theil aus andern Gründen.

4) Glück XIX. 130. *Mühlenbruch* §.314. (3.) Valett §.332. (12.) hat es richtig.

selbe zusprechen, ohne Dessen zu gedenken, daß sie in der väterlichen Gewalt stehen müssen. Denn die aus der Gewalt entlassenen Kinder beerben ihre Mutter so, daß der Vater gar kein Recht an ihrem Erbtheile hat, sondern, falls alle Kinder entlassen sind, nur ein Kopftheil zum Nießbrauch erhält[1]), welche Bestimmung auch nach dem neuern Intestaterbrecht in voller Geltung geblieben ist[2]). In diesem Fall kann also von dem Pfandrecht nicht die Rede sein, und zwar selbst dann nicht, wenn dieselben unmündig sein und der Vater ihr Vermögen verwalten sollte. Denn dieses Pfandrecht verträgt keine Ausdehnung durch Analogie oder Erklärung, indem, wenn zwar rücksichtlich der in der Gewalt stehenden Kinder der Begriff von Sondergut besteht, dennoch nicht etwa darum, weil der Vater an diesem in der Regel den Nießbrauch erhält, das Pfandrecht Statt hat, denn das adventitische Sondergut erfreut sich eines solchen überhaupt nicht[3]).

In diejenigen Vermögenstheile der Mutter, welche ein stillschweigendes, auch dabei bevorzugtes Pfandrecht schon genossen, folgen die Kinder ebenso nach[4]), so daß gar nichts verändert wird; das hier behandelte Pfandrecht genießt aber keinen Vorzug. Die Beschränkungen, welche man wohl hin und wieder für das letztere findet[5]), daß nemlich dazu vorauszusetzen sei, der Vater müsse sich wieder verheirathet haben, ist bei richtiger Auslegung ebenso ungegründet, als die, daß der Vater den Nießbrauch haben müsse, wenn das Pfandrecht bestehen solle. Denn der Vater hat auch ohnedies[6]) eine Obliegenheit hier die Stelle eines Curators der Kinder zu vertreten, wogegen er sich nur in besondern Fällen[7]) weigern kann.

2. Das Pfandrecht der Kinder an dem Vermögen des überlebenden Theils der Eltern, welcher zur zweiten Ehe

1) C. 3. *de Bonis matern.* —
2) Glück a. a. O. XIX. S. 131. und Intestaterbfolge §. 84. u. 153. S. 382. *Mühlenbruch* l. l. §. 636. (2)
3) s. S. 337. Anm. 4.
4) C. 12. §. 1. *Qui potiores.* —
5) Glück XIX. S. 132.
6) Nach C. 8. §. 5. *d.* — servare compellitur. —
7) C. ult. §. 1. *de Bonis quae liberis.*

schreitet, für Dasjenige, was derselbe dadurch von den s. g. lucra nuptialia an die Kinder verliert.[1]). Dabei findet kein Unterschied Statt, ob die Kinder aus der Gewalt entlassen sind, oder darin stehen, weil die zur zweiten Ehe geschrittenen Eltern in dem Besitz und Genuß Zeitlebens bleiben und durch das Ableben der Kinder sogar volle und unbedingte Eigenthümer werden können. Früher bestand hier insofern ein Unterschied, daß nur das Vermögen der sich wiederverheirathenden Mutter haftete, nicht des Vaters im gleichen Fall; auf diesen dehnte erst Justinian (a. a. O.) das Pfandrecht aus. Unter lucra nuptialia[2]) sind im Allgemeinen alle Vortheile zu verstehen, welche aus irgend einem, gleichviel welchem, jedoch auf die Ehe bezüglichen Grunde der eine Gatte aus des andern Vermögen ohne Entgeld erworben hat, sei es bei dessen Lebzeiten, oder durch letztwillige Verfügung. Wenn das Recht der Kinder hieran wirksam zu werden anfängt, haben sie freilich auch eine Eigenthumsklage, allein gerade wenn diese nicht mehr angestellt werden kann, z. B. die Sachen verloren gegangen sind, ist das Pfandrecht am nützlichsten. Natürlich bleibt jene auch an den Stücken wirksam, welche von dem wiederverheiratheten Gatten vorher veräußert worden sind, weil er daran nur ein bedingtes Eigenthum hat, und also, wenn diese Bedingung mit der zweiten Ehe eintritt, niemals ein Eigenthum gehabt, mithin sie nicht hat veräußern können, obwohl auch die Veräußerung auf der andern Seite[3]) dadurch gültig werden kann, wenn die Eltern (z. B. durch Ableben

1) Ebenfalls nach C. 8. §. 4. *de* und C. 6. §. 2. *de Secund. nupt.* — Irrig ist es von Glück XIX. S. 135. die lucra selbst als Gegenstände des Pfandrechts zu betrachten; das wäre ja ein Pfandrecht an eigener Sache? — S. *Cujac.* Comment. ad h. l. Opp. T. IX. p. 471. Denn die §. 2. zu Anfang genannten Omnes maritales facultates stehen der propter nuptias Donatio und den andern lucris entgegen; s. noch Nov. II. und Fritz S. 431. Nach jener fallen nemlich die lucra quoad proprietatem durch Eingehung der zweiten Ehe den Kindern der ersten von selbst zu. Wenn also im Codex noch ein Pfandrecht daran bestände, so wäre dies durch die Verordnung der Novelle aufgehoben. — Vgl. o. S. 111. und unten §. 44.

2) Zur weitern Ausführung ist hier der Platz nicht; ich verweise auf Glück XXIV. 94 — 168. *Mühlenbruch* §. 542.

3) S. Nov. II. Cap. 2.

der Kinder vor geschehener zweiter Verheirathung des Ueberlebenden,) volle Eigenthümer werden.

3. Das Pfandrecht der Kinder an dem Vermögen des überlebenden Theils der Eltern zur Sicherung ihres Anspruchs auf diejenigen lucra nuptialia, deren Eigenheit ihnen nach dem neuesten römischen Rechte, auch ohne anderweite Verheirathung bei dem Tode des andern Parens oder bei der Scheidung zufällt, d. i. beziehungsweise wegen der Mitgift und der Schenkung wegen der Hochzeit.

Dieses gesetzliche Pfandrecht ist bisher gänzlich übersehen worden, nichts desto weniger aber in *Nov.* 98. klar begründet [1]).

4. Wenn die verwittwete Mutter als Vormünderin ihrer Kinder zur zweiten Ehe schreitet, ohne für Bestellung eines andern Vormundes gesorgt, und nach vorher gelegter Rechnung über ihre Verwaltung, was sie zu zahlen hat, gezahlt zu haben, so erhalten die Kinder, außer dem an ihrem Vermögen [2]), auch ein gesetzliches allgemeines Pfandrecht an dem Vermögen des Stiefvaters [3]). — Früher mußte die Mutter bei Uebernahme der Vormundschaft der Wiederverheirathung eidlich entsagen, durfte dies aber gegen Uebernahme gewisser Strafen brechen. Durch Justinian [4]) wurde der Eid in Bezug auf die letztern aufgehoben, welche sie nun vielmehr auch ohne eidliche Entsagung, statt

---

1) S. Marezoll in der Zeitschrift Bd. III. S. 85., dem ich durchgehends beistimme. Zur Vermeidung von Mißverständnissen ist jedoch hier Folgendes zu erinnern. Nach der Bemerkung S. 333. daß die Kinder in die mit Pfandrecht gesicherten Vermögenstheile der Mutter nachfolgen, könnte es nemlich scheinen, daß dieses hier neu angeordnete Pfandrecht darum wenigstens für die Dos unnöthig sei, weil diese schon ein Pfandrecht genieße, in welches die Kinder nachfolgen; allein dagegen kommt der Eingang der Novelle in Betracht, wonach der Fall nicht derselbe ist, indem die Kinder hier Kraft einer neuen gesetzlichen Anordnung für den besondern Fall, die Dos erben, oder erhalten, wo sie früher lucrum für den überlebenden Mann geworden und nicht auf die Kinder gefallen wäre, und dieses nur noch im Nießbrauch bestehen soll. Nichts desto weniger scheint aber mit Grund vermuthet werden zu dürfen, daß, wenn Justinian dieses neue Pfandrecht nicht eingeführt hätte, das für die Dos dennoch als ererbtes und früher schon für die Mutter bestandenes den Kindern schwerlich versagt werden würde.

2) C. 2. §. 13. *Quando mulier tutelae.*

3) C. 6. *In quibus css. pignus.* Nov. XXII. Cap. 40.

4) Nov. XCIV. Cap. 2.

deren eine einfache geschah, treffen sollte. Für das Pfandrecht selbst ist dies unwesentlich. — Daß das Vermögen der Mutter auch wegen der Ansprüche aus der Verwaltung hafte, versteht sich von selbst.

III. Unmündige, Minderjährige und Wahnsinnige, Verschwender und Pflegbefohlene jeder Art[1]) erhalten zur Sicherung aller Ansprüche gegen ihre Vormünder und Curatoren aus der Uebernahme und Führung der Vormundschaft oder Curatel[2]) ein allgemeines Pfandrecht an dem Vermögen der letzteren[3]). — Für andere als die drei zuerst genannten Arten wird dieses Pfandrecht häufig geleugnet[4]); allein neben dem Umstande, daß die Curatel der Verschwender nach Maaßgabe der für Wahnsinnige entstand[5]), ist der Grund für beider Entstehung, die Sorge für ihrer Vermögensverwaltung unfähige Personen, gleich[6]), was namentlich für das Privilegium exigendi ausdrücklich als entscheidend aner-

---

1) Auch deren Erben kommt es zu Statten, Overbeck Meditat. I. S. 256.

2) Dazu können auch Schulden des Vormundes an sie selbst oder ihrer Eltern Nachlaß von vor der entnommenen Verwaltung her gehören. Strube rechtl. Bedenken III. 791. S. 456.

3) C. 20. *de Administrat. tutor. vel curat.* — Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata minores sibimet vindicare minime prohibeantur. Idem est et si tutor vel curator quis constitutus res minorum non administraverit. In dieser Stelle sind ebensowohl die Unmündigen unter Minores verstanden, was der erwähnte tutor am besten beweist, als die Minderjährigen in folgender Stelle verstanden werden: C. un. §. 1. *de Rei uxor. actione.* — Quemadmodum in administratione pupillarium rerum in aliis multis articulis tacitas hypothecas inesse accipimus etc. Den Wahnsinnigen ist es nach Art der ersteren ertheilt in C. 7. §§. 5. 6. *de Cur. Furiosi.* — si — parens curatorem furioso — in ultimo elogio — dederit — qui datus est, ad curationem perveniat, ita tamen, ut inventario cum omni subtilitate publice scriptores suscipiat et eas secundum sui opinionem disponat, sub hypotheca rerum ad eum pertinentium ad similitudinem tutorum et curatorum adulti. §. 6. — Sin — testamentum — parens — non confecerit, hoc autem curatorem utpote agnatum vocaverit, vel — ex judiciali electione curatorem ei dare necesse fuerit, tunc — creatio procedat — eadem observatione — et hypotheca rerum curatoris modis omnibus adhibenda. — *Donell.* p. 455.

4) S. die sorgfältige Untersuchung bei Glück XIX. S. 147 ff. Dagegen vergl. Fritz a. a. O. S. 430 f. und Bülow und Hagemann Erörter. IX. S. 37.

5) S. Fr. 1. pr. *de Curat. furiosi.*

6) S. Fr. 12. §. 2. in f. *de Tut. et cur. dat.*

kannt wird [1]). Hierin liegt auch nur eine Auslegung, keine Ausdehnung der Gesetze; denn das Kleben am Buchstaben des Gesetzes würde hier, wie schon einmal bei einer andern Gelegenheit (S. 276.) als Grund mit Erfolg angeführt werden durfte, zu Ungereimtheiten führen [2]).

Dagegen steht den Vermögensmassen, zu deren Verwaltung Curatoren bestellt werden, kein Pfandrecht an deren Vermögen zu [3]).

Ob der Vormund ein gesetzlicher — also auch der Vater [4]) — ein testamentarischer oder gerichtlich bestellter sei, ist ebenso gleichgültig [5]), als ob er ein wirklich verwaltender, oder ein zur Aufsicht bestellter (notitiae caussa datus) ist [6]); das gilt wegen Gleichheit der Stellung rücksichtlich der Verbindlichkeiten gegen den Mündel [7]) auch vom Ehrenvormunde [8]). Dasselbe gilt von der Mutter als Vormünderin [9]), sie wird dem wirklich verwaltenden Vormunde ganz gleich geachtet. — Ob des Provormundes oder falschen Vormundes, oder des Procurators und falschen Curators [10]) Vermögen den Unmündigen und Pflegbefohlenen hafte [11]), ist sehr streitig; die Beweisführung (welche nur auf den Provormund bezogen, doch analog von dem andern gilt,) für das Pfandrecht am Vermögen des erstern stützt sich, bei Ermangelung un-

1) Fr. 15. §. 1. *eod.*

2) Sehr passend erinnert Glück hier an Modestins Ausspruch Fr. 25. *de Legg.* Nulla enim juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.

3) Glück XIX. S. 154. Overbeck Meditat. Bd. V. S. 13.

4) S. Martin Jahrb. u. s. w. III. 2. S. 204. Hohnhorst Jahrbücher u. s. w. VIII. S. 42. d. h. wenn er als Vormund erscheint, was keineswegs allemal der Fall ist, sobald er Vermögenstheile für die Kinder verwaltet, s. Pfeiffer praktische Ausführungen Bd. I. S. 54. und namentlich nicht für das Peculium adventitium überhaupt, Overbeck Meditat. Bd. IX. S. 309. Samml. merkw. Entscheid. u. s. w. von v. d. Nahmer Bd. II. S. 293.

5) *Nov.* CXVIII. C. 5. *de Legit. tutor.*

6) C. 1. *de Periculo tutor.*

7) *Mühlenbruch* §. 598 in f. 599 in f.

8) Glück a. a. O.

9) *Nov.* XXII. Cap. 40 in f.

10) S. Glück XXXII. S. 307. Gensler im Archiv Band I. S. 396 ff. Seuffert a. a. O. II. S. 115 ff.

11) S. Albrecht Entscheidungen merkwürd. Rechtsfälle, Bd. I. S. 167 ff.

mittelbarer Beweisgründe für oder wider, neben dem außer allem Zweifel liegenden, und, wie vorher schon mehrmals zu zeigen Gelegenheit sich dargeboten, vom größten historischen Einfluß in der Lehre von gesetzlichen Pfandrechten gewesenen, Privilegio exigendi an des Provormundes Vermögen am sichersten auf die völlig analoge Stellung des Provormundes (u. s. w.) zum Unmündigen. Denn ohne daß man zu dem zu allgemeinen, und darum zuviel beweisenden Grunde zu greifen braucht, da es heiße[1]): in administratione pupillarium rerum tacitam hypothecam inesse, ist doch, ungeachtet das Rechtsverhältniß zwischen Vormund und Provormund nicht dasselbe ist, soviel klar, daß der letztere für gleiche Treue und Sorgfalt (eandem fidem et diligentiam) wie der wahre Vormund haften muß[2]), und sogar für Das haftet, was er hätte thun sollen, wenn es ein Anderer besorgt haben würde[3]). Es läßt sich daher mit vollem Rechte Constantins Ausspruch[4]): Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona tanquam pignoris titulo obligata sunt, auch auf den Provormund anwenden, indem ja endlich noch gegenseitig dieselben Klagen Statt haben.

An dem Vermögen der ihnen sonst zur Verantwortlichkeit auch nur aushülfsweise verpflichteten obrigkeitlichen Personen kann aber den Unmündigen und Pflegbefohlenen so wenig ein Pfandrecht zugeschrieben werden, als das Privilegium exigendi[5]).

IV. Ein gesetzliches allgemeines Pfandrecht besteht am Vermögen der Wittwe oder des Wittwers (nach den Worten des Gesetzes sind auch noch verheirathete Eheleute gemeint), denen etwas letzwillig unter der Bedingung, sich nicht wieder zu verheirathen, (beziehungsweise also auch vom andern Ehegatten,) zugewendet worden ist, für diejenigen[6]), denen dasselbe entgegengesetzten Falls zukommen soll,

---

1) In C. un. §. 1. *de Rei uxor. act.* wie Seuffert thut.

2) Fr. 4. *de Eo qui protut.*

3) Fr. 1. §. 9. *eod.*

4) C. 20. *de Administr. tutor.*

5) Fr. 24. §. 14. *de Magistrat. conven.* — Privilegium in bonis magistratus pupillus non habet, sed cum veteris creditoribus partem habiturus est. Vgl. Glück XIX. S. 160.

6) Vermehren im Archiv IX. S. 37 ff.

wegen Herausgabe des ihm Zugewendeten und nach Jahresfrist Ausgehändigten sammt allen Nutzungen [1]). Für die Auszahlung solcher Vermächtnisse dürfen zwar Bürgen oder eine Sicherheitsleistung durch ausdrückliches Pfand vom Auszahlen gefodert und bis dahin dieselben versagt werden, indessen ist jenes gesetzliche Pfandrecht eben von dem Fall der Ueberlassung dieser Maaßregeln zu erklären. Es ist also in der That eine gesetzlich erweiterte Mucianische Caution, und steht nach Verschiedenheit der Fälle möglicher Weise verschiedenen Personen zu. Ist jene Person zugleich Universalerbe, so treten die Substituten, oder in deren Ermangelung die Intestaterben ein [2]); ist sie aber Singularnachfolger, gleichviel auf welche Weise, so kommen zunächst die Substituten und in deren Ermangelung die, denen ein Anwachsrecht zusteht, in Betracht, also Mitvermächtnißberechtigte und Miterben, zuletzt (beim Vermächtniß) die Erben als Belastete.

Ueber dieses Pfandrecht hat sich in neuerer Zeit ein sehr verwickelter gelehrter Streit erhoben, der sich jedoch mit dem Obsieg der gewöhnlichen, vorher vorgetragenen Meinung endet [3]).

V. Den Kirchen endlich steht ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht am Vermögen des Emphyteuta zu, der die Emphyteuse verschlechtert, so weit er zum Schadensersatz verpflichtet ist [4]).

---

1) Nov. XXII. Cap. 44.

2) Vermehren a. a. O. S. 40. (22.)

3) Vergl. Kämmerer in der Zeitschrift Bd. VI. Nr. 7. welcher es vertheidigt, dagegen s. Marezoll ebendas. Nr. 8. und Fritz a. a. O. S. 443 ff. Es handelt sich dabei lediglich um die Auslegung eines fast unnatürlich eingeschachtelten Satzes in der angeführten Novelle. Eine Uebersicht des Streites und der Gegengründe, die reinphilologischer Natur sind, würde zu weit führen. Ich trete der Meinung Kämmerer's vollkommen bei.

4) Nov. VII. Cap. 3. §. 2.

§. 35.

Von den fälschlich für gesetzliche gehaltenen Pfandrechten.

Außer den in den vorigen Paragraphen aufgezählten Pfandrechten werden häufig noch andere als gesetzliche, und zwar sowohl als besondere, wie als allgemeine genannt, welche es nicht sind, der Vollständigkeit wegen aber nicht übergangen werden können. Zu den ersteren gehören folgende:

I. Die Aehnlichkeit des Contracts hat wahrscheinlich Veranlassung gegeben, dem Fuhrmann oder Schiffer ein gesetzliches Pfandrecht an den Waaren und Sachen zuzugestehen, welche sie geladen haben, gleich dem Vermiether eines Gebäudes. Allein die Stelle, worauf man sich bezieht[1]), ist entweder von einem ausdrücklichen Pfandrecht zu verstehen, oder, was mehr für sich hat, vom Innebehaltungsrecht, wofür das an quia pignus *tenet?* (s. o. S. 158.) zu sprechen scheint[2]). Jedenfalls ist die Stellung dieser Worte viel zu problematisch und blos so hingeworfen, um ein gesetzliches Pfandrecht beim übrigen gänzlichen Schweigen der Gesetze daraus zu folgern.

II. Das gesetzliche Pfandrecht an wiederhergestellten Gebäuden hat zu mannigfachen Ausdehnungen Veranlassung gegeben. Zunächst behaupten Viele[3]): a. daß, wer überhaupt zur Anschaffung, Erhaltung oder zur Wiederherstellung irgend einer Sache Geld vorgeschossen, oder nach Andern[4]) wenigstens zur Ausrüstung und Ausbesserung eines

---

1) Fr. 5. pr. *ad Exhibend.* — Nachdem gesagt worden, daß der Horrearius zum Exhibiren der Waaren genöthigt werden könne, quia possidet, heißt es: quomodo autem possidet, qui vehendas (merces) conduxit? An quia pignus tenet? Quae species ostendit, etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri (ULP. 24. *ad Ed.*). Vergl. Glück XI. S. 217. Meine frühere Erklärung im deutschen C. J. Bd. I. S. 860. (42.) nehme ich zurück.

2) Dazu kommt noch das den Fuhrleuten u. s. w. zuständige Privilegium exigendi und Uebereinstimmung der Basiliken: *αὐτοὶ γὰρ αὐτὰ δοκοῦσιν ὡς ἐνέχυρον νέμεσθαι.*

3) Nach Vorangang der Glosse, s. *Donell.* p 457.

4) S. bei Glück XIX. S. 39. (7) und (8.) darunter: Leyser, Walch, Hufeland, — Carpzov und Cocceji.

Schiffes hergegeben, daran das gedachte Pfandrecht erhalte. Die dafür angeführten Beweisstellen handeln theils nur von einem Privilegium exigendi, theils setzen sie ein vertragsmäßiges Pfandrecht[1]) voraus. Soviel die Anschaffung einer Sache betrifft, giebt es sogar eine klar das Gegentheil lehrende Beweisstelle[2]). b. Ferner hat man dieses Pfandrecht auf Den ausgedehnt, der zur Erbauung eines ganz neuen, früher noch nicht da gewesenen, Hauses Geld geliehen hat. Die Stelle, worauf man sich aber deshalb bezieht[3]), begründet zwar ein bevorzugtes Pfandrecht, jedoch nur für den Fall ausdrücklicher Bestellung.

III. Von Vielen wird den jährlichen Renten, Gefällen, Canon u. s. w. aus einem Grundstück ein gesetzliches Pfandrecht beigelegt[4]); auch dafür fehlt es an allem Beweise, denn von den aufgeführten Stellen handelt die erste[5]), nach welcher der Fiscus, dem ein Nachlaß anfällt, die vom Erblasser ausgesetzten Alimentenvermächtnisse gewähren sollen, gar nicht von einem dieser Nothwendigkeit zum Grunde liegenden Pfandrecht, sondern erkennt sie nur als Belästigung für eine Erbschaft an, ohne welche deren Vortheile nicht angetreten

---

1) Dies gilt namentlich von Fr. 5. und 6. pr. *Qui potiores.* — Interdum posterior potior est priori, utputa si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit, veluti si navis fuit obligata, ad armandam eam, vel reficiendam ego credidero (ULP. 3. *Disp.*). Hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris caussam. Quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditam, sine quibus navis salva pervenire non poterat (ID. 73. *ad Ed.*) und von C. 3. Nov. XCVII., wovon man sich soviel versprochen hat. Denn Cap. 3. Nov. CXXXVI. erfodert, um für die zur Anschaffung von Sachen vorgeschossenen Gelder eine bevorzugte Hypothek zu begründen, deren ausdrückliche Bestellung; und ferner sprechen ganz klar Fr. 26. *de Reb. cred.* — Qui in navem exstruendam vel instruendam credidit, vel etiam emendam, privilegium habet. (PAUL. 16. *brev. Ed.*) Fr. 34. *eod.* — Quod quis navis fabricandae caussa — crediderit, habet privilegium post fiscum. (MARC. 5. *regul.*) Namentlich das letzte beweist, daß von Pfandrecht darum die Rede nicht sein könne, weil es sonst unmöglich dem Fiscus nachgehen könnte.

2) C. 17. *de Pignoribus.* — Quamvis ea pecunia, quam a te mutuo frater tuus accepit, comparaverit praedium, tamen nisi specialiter vel generaliter hoc tibi obligaverit, tuae pecuniae numeratio in caussam pignoris non deduxit (*Diocl.*).

3) S. das hier in Note 1. angeführte C. 3. Nov. XCVII.

4) S. bei Glück XIX. 58. (47.)

5) Fr. 2. §. 1. *de Aliment.* — Et licet ad fiscum bona fuerint devoluta, ex quibus alimenta de-

werden können; die zweite[1]) handelt zwar von einem gesetzlichen Pfandrecht für jährliche Renten, allein nur insofern sie Vermächtnisse sind, für welche jene Stelle ein solches im Allgemeinen begründet, keineswegs aber einen Beweisgrund herstellt, für jährliche Leistungen aller Art und überhaupt ein gesetzliches Pfandrecht anzunehmen. Außerdem liegt sogar ein unmittelbarer Gegenbeweis in der Bestimmung[2]), daß der Käufer eines Grundstücks, von welchem vertragsmäßig jährliche Leistungen zu entrichten sind, dadurch an sich keineswegs zu deren Entrichtung verpflichtet, dazu also ein ausdrückliches Pfandrecht nothwendig ist.

Es kann dies auch nicht einmal von Emphyteusen und Superficiar-, oder deutschen Erbzins- und Erbpachtsgrundstücken, rücksichtlich des für sie bestellten Canons oder Grundzinses angenommen werden. Denn vermöge des dem Gläubiger als Grundherrn zustehenden Obereigenthums an diesen Grundstücken könnte ihm ohnehin seine eigene Sache also nicht als Pfand haften; er zieht vielmehr diese gebührenden Gefälle als Obereigenthümer, hat schon dadurch den Vorzug vor allen Gläubigern des Untereigenthümers und bedarf gar keines Pfandrechts[3]).

Ebenso unrichtig werden von Manchen[4]) allgemeine gesetzliche Pfandrechte angenommen für die Kirchen und dann analog für die Hospitäler, Waisenhäuser, fromme Stiftungen u. s. w. am Vermögen ihrer Verwalter und Contractsschuldner, und für die Städte, an dem ihrer Verwal-

---

beantur, praestanda sunt, sicut si ad quemlibet successorem transiissent. (MARC. C. 8. *Just.*)

1) C. 1. *Commun. legat.*

2) Fr. 81. §. 1. *de Contrah. emt.* — Lucius Titius promisit de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua praestare praediis Caji Seji; postea Lucius Titius vendidit fundum, additis verbis his: quo jure, quaque conditione ea praedia Lucii Titii hodie sunt, ita veneunt, itaque habebuntur. Quaero an emtor Cajo Sejo ad praestationem frumenti sit obnoxius? Respondit, emtorem Cajo Sejo, secundum ea, quae proponerentur, obligatam non esse. (SCAEV. 7. *Dig.*)

3) Fr. 15. *Qui potiores.* — Etiam superficies in alieno solo posita pignori dari potest, ita tamen, ut prior sit caussa domini soli, si non solvatur ei solarium. (PAUL. 68. *ad Ed.*) Coll. Fr. 17. *de P. A.* s. S. 171.

4) S. bei Malett §. 345. (98.) und *Biener* Opusc. II. S. 301.

ter und wegen der Abgaben. Das für die Kirchen sucht man theils mit den ihnen beigelegten Rechten des Fiscus, theils mit den ihnen zu Gute kommenden Wohlthaten Minderjähriger zu rechtfertigen. Beides hat durch den größten Kirchenrechtslehrer die genügendste Widerlegung[1]) gefunden. Noch hat sich die bejahende Meinung in Ermangelung anderer Gründe aus der Erklärung analog zur Anwendung zu ziehender Gesetze, hauptsächlich auf den Gerichtsgebrauch berufen; allein dieser ist so wenig allgemein geworden, als das den Kirchen zuweilen als zuständig behauptete Privilegium exigendi[2]). — Dem Pfandrecht der Städte wird in den Gesetzen sogar widersprochen[3]); nur ausdrückliche kaiserliche Gestattung soll es gewähren können[4]). Allein hier hat sich die Praxis für das Gegentheil entschieden festgestellt[5]), und der Gerichtsgebrauch giebt es ihnen sogar wegen der städtischen Abgaben ganz nach Analogie des Fiscus; theoretische Gründe für dasselbe giebt es nicht. Nur in einem einzigen Fall erkennt das Römische Recht[6]) ein solches Pfandrecht, wenn auch nur als subsidiarisch, an; nemlich, wenn Jemand aus städtischen Cassen durch den Curator Calendarii[7]) Geld aufgenommen hat, und sein Vermögen nachher zur Zahlung nicht hinreicht, sollen die Inhaber von Sachen, gleichviel durch welchen Rechtstitel, aus dem zur Zeit der Eingehung des Geschäfts vorhanden gewesenen Vermögensinbegriff des Schuldners, nach Verhältniß des Werths der Sachen zur Schuld belangt werden, und dagegen nur ihrerseits den Rückschritt an den Schuldner nehmen können.

Alte sächsische Rechtslehrer geben dem Bestohlenen ein Pfandrecht am Vermögen des Diebes.[8])

---

1) *Böhmer* Jus eccles. Prot. T. II. L. III. Tit. 16. §. 16 ff. und §. 25.

2) S. Glück XIX. S. 198.

3) Fr. 10. *Ad Municipalem.* — Simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris etc. Dies muß vom Pfandrecht um so mehr gelten, s. noch C. 2. *de Jure reipubl.*

4) Wie Antiochia z. B. in Fr. 37. *de Rebus auctor. jud. poss.*

5) Glück XIX. S. 83. Overbeck Meditat. V. S. 102.

6) C. 2. *de Debitor. civitat.*

7) Ein städtischer Cassenverwalter, s. *Jac. Gothofr.* ad Cod. Theod. XII. 11.

8) S. *Mühlenbruch* §. 315. (6.) vergl. aber Overbeck Meditat. Bd. IV. S. 297.

§. 36.

Von der Erwerbung eines Pfandrechts durch Verjährung.

Die Frage, ob ein Pfandrecht durch Verjährung erworben werden könne, ist sehr alt; daß ein unmittelbarer Beweis aus den Quellen dafür oder dawider nicht geführt werden könne, darin stimmen Alle überein [1]); ebenso wird es wohl Niemandem mehr einfallen, an eine wirkliche Ersitzung des Pfandrechts zu denken [2]). Es kann sich also nur um Anwendung allgemeiner Grundsätze von der Verjährung handeln, insofern ein auf das Pfandrecht bezügliches ähnliches Verhältniß bestehen kann, welches sonst Verjährung begründet. Daß die übrigen Erfodernisse eines Pfandrechts überhaupt vorhanden sein müssen, wenn die Frage soll entstehen können, ob Verjährung ein Pfandrecht herzustellen vermöge, versteht sich nach dessen Begriff von selbst. Allein dieselbe ist in Gemäßheit der Natur des Pfandrechts, als einer Obligation, auf's entschiedenste zu verneinen. Da zur erwerbenden Verjährung Besitz, oder ein diesen in Bezug auf jene vertretender Zustand hinzukommen muß, so kann diese Frage überhaupt nur in Bezug auf einen vorangegangenen Pfandcontract gedacht werden. Wäre nemlich ein solcher, wenn auch ungültiger, überhaupt gar nicht vorhanden, so fehlte es an einem Titel, einem Grunde der Verjährung eben so sehr, als wenn man etwas als Gekauftes ersitzen will, ohne gekauft zu haben. Bei dem gänzlichen Schweigen der Quellen über die ordentliche Verjährung (longi temporis praescriptio) in solchem Fall, und da besonders diese immer nur auf das Eigenthumsrecht, oder wenigstens auf ein seiner Natur nach möglicher Weise immerwährendes Recht als Ausfluß oder Zubehör des Eigenthums, niemals aber auf ein widerrufliches, oder nur zeitliches Recht an einer Sache, oder ein Foderungsrecht bezogen wird, kann man deren Anwendung auf die Entscheidung eines Pfandrechts an einer Sache, welche der Gläubiger als Pfand

---

1) Glück XVIII. S. 195.
2) Büchel, Natur des Pfandrechts S. 44 ff. 52 ff.

(pro pignore) besitzt, mit vollem Rechte leugnen, zumal sonst unsere Quellen, sowohl im Codex als in den Pandecten, an Stellen, welche zum Pfandrecht gehören, sehr reich sind [1]). Dies ist nun freilich die natürliche Folge davon, daß es sich hier um den Besitz des Pfandrechts handeln würde, welcher so wenig möglich ist, wie der eines andern Obligationsverhältnisses [2]), (s. o. S. 11.)

Anders scheint es sich dagegen mit der außerordentlichen Verjährung (longissimi temporis praescriptio) wegen deren allgemeinen Ausdehnung auf den Schutz von Rechtsverhältnissen jeder Art zu verhalten [3]). Setzt man nemlich den Fall, daß ein Pfandcontract beabredet, und in Folge dessen eine Sache als Pfand übergeben worden ist, die nicht Pfand sein sollte, oder eine fremde, oder der Gläubiger sonst in den Besitz einer solchen gekommen ist, die er für die rechte, oder überhaupt für ein Pfand hielt (z. B. durch Erbgang), weil die außerordentliche Verjährung den Titel ersetzt [4]), so kann in solchen und dem ähnlichen Fällen nicht geleugnet werden, daß, vorausgesetzt, die Sache ist sonst dazu geeignet, daß an ihr zwischen Gläubiger und Schuldner ein wirkliches Pfandverhältniß eingegangen werden konnte, dadurch ein Verhältniß entsteht, dem von den Gesetzen Schutz zu Theil werden muß. Allein gegen Wen? und entsteht dadurch ein wirkliches Pfandrecht? — Unleugbar hat eine solche Verjährung einen erwerbenden Character in Bezug auf den Pfandgläubiger; hier tritt nun wiederum der Mangel eines möglichen Besitzes am Pfandrecht als wesentlich hervor. Daraus folgt nemlich, daß an keine dingliche Klage zu denken ist, da diese eine Vindication enthält, und eine solche nur in Betreff des Pfandes, nicht des Pfandrechtes Statt hat, beim Mangel des letztern Begriffs aber der erstere ganz wegfallen muß. Der Schutz des Besitzverhältnisses an der Sache könnte also nur als wider die Eigenthumsklage eines Dritten gerich-

---

1) Vgl. Unterholzner's Verjährungslehre Theil II. S. 276. (§. 247.)

2) Büchel a. a. O. S. 44. u. 51—60.

3) C. 4. *de Praescript.* 30 *vel* 40 *ann.* Vgl. Büchel a. a. O. S. 58.

4) *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 267.

tet erscheinen, nicht des Verpfänders; denn die außerordentliche Verjährung nützt Dem, der in fremdem Namen zu besitzen angefangen, niemals wider die Klage des Urhebers auf Herausgabe [1]); allein er kann in nichts weiter, als einem Innebehaltungsrechte bestehen, mithin nur einredeweise geltend gemacht werden, dies jedoch auch dann, wenn der Verpfänder selbst durch dreißig- oder vierzigjährigen Besitz das Eigenthum nicht erworben hätte. An die hypothekarische Klage ist darum nicht zu denken, weil diese niemals auf dem guten Glauben des Gläubigers beruht, sondern sich stets auf ein Recht des Verpfänders bezieht.

Zu unterscheiden hiervon ist aber der Fall, wenn der Verpfänder Nichteigenthümer war und durch den dreißig- oder vierzigjährigen Besitz des Pfandgläubigers (s. S. **90**. Not. 3. und S. **233**.) das Eigenthum des Pfandes erworben haben würde. Dann ist auch das Pfandrecht wirksam geworden, allein nicht in Folge der Feststellung eines solchen durch Verjährung, sondern der des Pfandgegenstandes im Eigenthum des Verpfänders.

§. 37.

Vom prätorischen Pfandrecht.

Der Name: prätorisches Pfandrecht, pignus praetorium, wird von den Neueren ebensowohl, wie der: richterliches Pfandrecht, pignus judiciale, für die Gattung, als die darunter begriffene Art gebraucht [2]). Insofern nemlich unter letztern Ausdruck das durch eine Verfügung des Richters überhaupt entstehende Pfandrecht begriffen wird, stellt man darunter sowohl das ohne Enderkenntniß in einem vorangegangenen Rechtsstreit durch Einweisung in den Besitz des Vermögens oder einer einzelnen Sache eines Schuldners (missio in possessionem oder in bona) entstehende, das prätorische, weil es aus dem Edict seinen Ursprung nimmt [3]),

---

1) S. Büchel a. a. O. S. 58.
2) S. Glück XVIII. S. 192. u. 251. *Donell.* l. l. Cap. 6. p. 459. *Cujac.* Obs. V. 30.
3) *Cic.* pro Quinctio Cap. 27.

als das durch Hülfsvollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils begründet werdende Pfandrecht, pignus in caussa judicati captum [1]), das eigentliche richterliche im engern Sinn. — Richtiger ist allenfalls für beide Arten die Bezeichnung pignus judiciale, zumal es auch vom prätorischen heißt [2]), judices dare hoc pignus; denn namentlich das eigentliche pignus judiciale unter das prätorische zu stellen, ist gar kein Grund vorhanden, da in den Rechtsquellen unter pignus praetorium stets das erstgedachte allein verstanden wird, wie der Titel des Codex de Praetorio pignore bezeugt, und das richterliche Pfandrecht sich vielmehr erst durch das kaiserliche Recht, ein Rescript des Divus Pius, begründet und gebildet haben mag [3]). Uebrigens ist im Grunde jeder Versuch, beide Pfandrechte unter einem Begriffsnamen zu vereinigen, unnütz und der Verwechselung in der Doctrin wegen sogar nachtheilig; man thut am besten, jedes für sich allein bestehen zu lassen, mithin unter dem prätorischen das durch Einweisung in den Besitz vor Anfang eines förmlichen Rechtsstreites zu verstehen, das richterliche aber als das durch die Hülfsvollstreckung eines rechtskräftigen Erkenntnisses entstandene zu bezeichnen.

Daß man auch schon früherhin annahm, es könne durch beide Arten der richterlichen Thätigkeit ein wahres Pfandrecht, gleich dem gesetzlichen und vertragsmäßigen, entstehen, dafür zeugt, daß im Gegensatz zum letztern ein durch richterliche Verfügung entstehendes Pfandrecht an dem Vermögen eines Unmündigen als zulässig anerkannt wird [4]), und die Ausdrücke pignus constitui, contrahi u. s. w. Indessen ist vom prätorischen Pfandrecht doch soviel gewiß, daß damit keine dingliche Klage verbunden war, sondern nur Interdicte [5]). Erst Justinian [6]) verordnete ausdrücklich, daß es mit dem vertragsmäßigen gleiche Kraft haben solle.

---

1) S. Tit. Cod. *Si in caussa jud. pign.* C. 1. *eod.*

2) C. 1. *de Praetor. pign.*

3) Fr. 31. *de Re judicata.*

4) Fr. 3. §. 1. *de Rebus eorum qui sub tut.*

5) Tit. Dig. *Ne vis fiat ei qui in poss.*

6) C. 2. *de Praetorio pignore.*

Zur Herstellung des Begriffes dieses Pfandrechts, welches sowohl ein allgemeines wie ein besonderes sein kann, gehört, daß Der, dem der Besitz zugesprochen worden, auch wirklich denselben erlangt habe [1]). Dieser Besitzergreifung voran geht die Einweisung in den Besitz, d. h. die durch einen richterlichen Ausspruch, Dekret, dem darum Nachsuchenden ertheilte Erlaubniß, sich wegen irgend eines gesetzlichen dazu geeigneten Anspruchs an einen Andern in den Besitz einer bestimmten Sache, oder des ganzen Vermögens desselben zu setzen, so daß der Andere den Mitbesitz behält. Die Gründe, aus denen solche Einweisungen erkannt werden, lassen sich auf zwei Hauptinbegriffe zurückführen, erstens: Sicherung zur Erhaltung einer Sache oder Foderung; zweitens: Ungehorsam eines Beklagten [2]). Das zur Veranlassung eines solchen Dekrets erfoderliche Recht des darauf Antragenden muß ihm auch wirklich an der Sache oder dem Vermögen Dessen, wider welchen Besitzeinweisung gesucht werden soll, zustehen, und klar sein, wenn es auch noch obschwebt und an Tag oder Bedingung gebunden ist [3]); sobald es aber zur vollen Wirkung des Pfandrechts kommen soll, d. h. zum Verkauf, muß die Foderung fällig geworden sein. Durch analoge Erklärung [4]) der C. 1. *Si in cssa judicati* etc. vertritt das richterliche Dekret der Einweisung, welches die Befugniß eigenmächtiger Ergreifung des Besitzes enthält, die Stelle der Verabredung der Parteien (s. o. S. 11.).

Obwohl nun die Einrichtung der Einweisungen in den Besitz als ein Theil des römischen Processes in Deutschland zum größten Theil unpraktisch geworden sein wird, indem Arreste, Sequestrationen und provisorische Verfügungen an deren Stelle meist durch abgeändertes Proceßverfahren getreten sind, nach Einigen aber hier und da [5]) noch als Execu-

---

1) Fr. 26 §. 1. *de P. A.* — Sciendum est, ubi jussu Magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem. Coll. C. 2. *Qui potiores.*

2) Ueber Geschichte der Missionen, s. Zimmern Civilprozeß. §. 84 ff.

3) Fr. 6. *Quibus ex caussis.* Fr. 14. §. 2. *eod.* ist vom zweiten Dekret zu verstehen.

4) Nicht unmittelbar, wie Hepp im Archiv Bd. X. S. 264. will.

5) Namentlich in Mecklenburg, s. Glück III. S. 512.

tionsmittel vorkommen, so ist doch eine kurze Uebersicht der einzelnen hauptsächlichsten Einweisungsgründe der Vollständigkeit und des Zusammenhangs des Ganzen wegen erfoderlich, wogegen durchaus keine vollständige, d. h. andere als streng auf das Pfandrecht bezügliche Behandlung derselben zu erwarten ist.

Die Gesetze selbst [1]) erkennen drei Ursachen an, aus denen Einweisung in ein ganzes Vermögen geschieht, und eine, welche nur einzelne Sachen betrifft; dies sind folgende:

A. Rei servandae caussa. Die Veranlassnng zu deren Ertheilung ist mehrfach: **1.** Absichtliche oder unabsichtliche [2]) Abwesenheit des Schuldners, oder dessen, der Sicherheit gemacht, sich vor Gericht stellen zu wollen, ohne daß ihn ein Anderer vertritt. — **2.** Wegen ausbleibender Zahlung und zur Hülfsvollstreckung. Von dieser entspringt das richterliche Pfandrecht, wozu ein rechtskräftiges Erkenntniß vorausgesetzt wird; es gehört also dieser Grund eigentlich nicht hierher, doch stellen ihn Manche [3]) dahin, und er mag immerhin dazu gerechnet werden, weil sein Zweck doch auch ad rem servandam geht, wenn ihm auch in der Lehre vom Pfandrecht gegenwärtig darum noch ein besonderer Platz angewiesen werden muß, weil er völlig praktisch ist. — **3.** Ungewißheit, oder Mangel, oder Verdächtigkeit des Erben eines verstorbenen Schuldners. — **4.** Drohende Gefahr für noch nicht fällige Foderungen [4]). — Da begreiflich hier nur solche Gläubiger betheiligt sein können, die noch kein Pfandrecht haben [5]), so kann das entstehende Pfandrecht auch nur jedem jüngern vertragsmäßig oder anders entstandenen gleich geachtet werden, und erscheint somit jedesmal als das jüngste. Dagegen fand zwischen mehreren durch Einweisung entstandenen Pfandrechten, auch wenn sie im Alter verschieden waren, eine Rangordnung gar nicht Statt. Zum Verkauf bedurften sie abermals einer besondern richter-

---

1) Fr. 1. *Quibus ex caussis in possession.*

2) Ausgenommen ist die Abwesenheit in Staatsgeschäften.

3) *Mühlenbruch* l. l. §. 156.

4) Ueber alle diese einzelnen Arten vergl. Glück XVIII. S. 252. u. *Mühlenbruch* l. l.

5) C. 10 pr. *de Bonis auctor. jud. possid.*

lichen Ermächtigung, s. g. Missio ex secundo Decreto. Ein Pfandbesitz trat jedoch bei diesem Pfandrecht, der Innehabung ungeachtet, nicht ein [1]), sondern ein Esse in possessione.

B. Legatorum [s. Fideicommissorum] servandorum gratia, fand die Missio Statt, wenn dem damit Bedachten, der es aber für den Augenblick noch nicht fodern kann, von dem Beschwerten keine Sicherheit dafür bestellt ward [2]). Da hier nur Erbschaftsgegenstände, und nicht auch das Vermögen des Erben, betheiligt sein können [3]), so konnte das Pfandrecht auch nur einzelne Gegenstände betreffen. Eine zweite Einweisung gab es hier so wenig, als einen Verkauf; wohl aber eine andere Art derselben in des Erben Vermögen, der nach sechs Monaten ein gefodertes Vermächtniß nicht entrichtete, was sich dann auch auf die Zinsen erstreckte. Diese Einweisung ist schon durch das von Justinian eingeführte gesetzliche Pfandrecht (s. S. 305.) erledigt, und dabei ausdrücklich aufgehoben worden [4]).

C. Ventris nomine. Statt dieser stellen Manche [5]) einen andern Begriff auf: hereditatis tuendae caussa, und setzen darunter die erstere und die Einweisung ex Carboniano Edicto, wozu noch die, welche dem Vormunde eines Wahnsinnigen ertheilt wird [6]), zu zählen ist; dies kann der systematischen Ordnung und Vollständigkeit wegen angenommen werden. Da für die ungeborenen Kinder kein Nachlaßbesitz (Bonorum possessio) gefodert werden kann, so darf die schwangere Wittwe, also auch die Schwiegertochter [6]), den Besitz der Erbschaft zur Sicherung der Ansprüche der Leibesfrucht fodern, bis die Schwangerschaft einen Ausgang

---

1) Fr. 3. §. ult. *de Possess.* Fr. 10. §. 1. *eod.* Fr. 3. §. 8. *Uti possid.*

2) Fr. 3. §. 1. *de Rebus eorum qui sub tutela.*

3) Mit Ausnahme der Fälle, wo zugleich Ungehorsam in Schranken gehalten wird; s. Fr. 5. §. 16. *Ut in possess. legat.* u. bes. §. 21.

4) C. 3. §. 2. *Communia de legatis.* Uebrigens ging bei diesem Pfandrecht der eingewiesene Gläubiger dem spätern Pfandgläubiger vor; C. 3. *Ut in possession. legat.* C. 5. *eod.*

5) *Mühlenbruch* l. l.

6) Fr. 1. §. 14. *de Ventre in possess. mitt.*

gewinnt, weshalb dem Venter ein Curator bestellt wird [1]). Ex Carboniano Edicto findet Einweisung dann Statt, wenn dem ungeborenen Kinde seine Kindschaft streitig gemacht wird. — Diese Einweisung darf, wo nicht partikularrechtliche Aenderungen vorhanden sind, als noch praktisch betrachtet werden [2]).

D. Der Grund, weshalb Einweisung in eine einzelne Sache geschieht, ist Damni infecti nomine, wegen drohenden Schadens von einem Nachbargrundstück durch Einsturz; sie wird für Den erlassen, dem auf sein rechtsbegründetes Verlangen der Eigenthümer eines Nachbarhauses oder Grundstücks, das baufällig ist, oder sonst auf irgend eine Weise durch Einsturz Schaden drohet, oder einer damit zusammenhängenden gefährdenden Sache, keine Sicherheit bestellt hat. Die Einweisung geschieht nur in den Theil des Grundstücks, der den Schaden drohet [3]); bei Gebäuden fand eine solche Theilung nicht Statt, sondern es wurde stets in das ganze Gebäude eingewiesen [4]). Die zweite Einweisung gab hier wahren Besitz mit der Möglichkeit zum Ersitzen [5]). Diese Einweisung ist jetzt durch andere Ungehorsamsstrafen ersetzt, indem die Sicherheit auf den Fall, daß sie geschehener Auflage ungeachtet unterbleibt, zur Strafe des Ungehorsams für geleistet angenommen wird.

§. 38.

Vom richterlichen Pfandrecht.

Es ist im vorigen Paragraphen bemerkt worden, daß der Grund, die judicati executio, woraus das jetzt sogenannte pignus judiciale oder in caussa judicati captum entspringt, auch zu den Ursachen der Einweisung Rei servandae saussa gezählt wird. Der Gründe, dieses Pfand-

---

1) Fr. 1. pr. u. §. 27. *eod.*

2) Glück XVIII. S. 267.

3) Fr. 1. *Quibus ex caussis in possess.* Fr. 38. §. 1. *de Damno inf.*

4) Fr. 15. §. 12. *de Damno infecto.*

5) Daraus entstanden mannigfache Nachtheile für den wirklichen, auch älteren Pfandgläubiger; vgl. Fr. 12. 15. §. 25. u. 44. §. 1. *eod.*

recht besonders zu behandeln, sind mehrere; erstens, weil es insofern von den eigentlich prätorischem ganz verschieden ist, daß es in der Regel ein rechtskräftiges Erkenntniß voraussetzt [1]); zweitens, daß es nur für persönliche Foderungen denkbar ist; endlich aber, daß es noch volle praktische Wichtigkeit hat.

Dieses Pfandrecht entsteht an denjenigen auch schon verpfändeten Sachen (vergl. u. §. 67. unter I.), welche dem Schuldner nach geschehener rechtskräftiger Verurtheilung desselben zur Zahlung, im Fall diese ausbleibt, auf Antrag des Gläubigers zu deren Befriedigung auf Veranlassung des zuständigen Gerichts [2]) abgepfändet und weggenommen werden [3]), um sie zu versilbern; sind es unbewegliche, so geschieht Ausweisung des Schuldners oder Dessen, der an seiner Statt den Besitz übt, aus, und Einweisung des Gläubigers in denselben, welche sofort in wirkliche Einsetzung in ausschließlichen Besitz [4]) übergehen kann, die dann zum Verkauf durch den Richter berechtigt [5]). — Der Rechtskraft gleich steht das Geständniß [6]). Die Einleitung des Hülfsverfahrens, um zu diesem Pfandrechte zu gelangen, die nach römischem Rechte durch die Hülfsvollstreckungsklage [7]), wenn die von Justinian auf vier Monate festgesetzte Hülfsfrist verstrichen war [8]), geschah, ist jetzt partikularrechtlich wahrscheinlich überall abgeändert, und, wenn auch das römische Verfahren die Grundlage zum heutigen Executionsverfahren geblieben ist [9]), überhaupt durch besonders geordnete Hülfsverfahren ersetzt, weshalb hier das Weitere darüber wegfällt.

---

1) Fr. 58. *de Re judicata.* Fr. 10. *Qui potiores.* C. 1. *de Executione rei jud.* coll. Fr. 1. *de Confessis.*

2) C. 1. *Si in caussa judicati.*

3) C. 5. *Quorum appellat. non recip.*

4) Diesen nur für Detention annehmen zu wollen, scheint nach C. 1. *d.* doch kein Grund, vielmehr ein solcher für den wahren Pfandbesitz vorhanden zu sein, — es heißt pignoris jure tenere.

5) C. 2. *Si in caussa judicati.*

6) Fr. 1. *de Confessis.* — Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. (PAUL. 56. *ad Ed.*) Fr. 6. §. 2. *eod.*

7) Fr. 6. §. ult. *de Re jud.* Fr. 6. §. ult. *de Confess.*

8) 2. *de Usuris rei jud.*

9) Heffter Institutionen des Civilprozesses, S. 552.

Nur sei bemerkt, daß die Ordnung, in welcher die Auspfändung nach römischem Rechte geschehen soll, und welche noch jetzt gemeinen Rechtens ist, zuerst an die beweglichen Sachen, sodann an die Grundstücke, und zuletzt an die Rechte und Foderungen verweist [1]). Streitige Foderungen werden nicht angegriffen; unbestrittene aber läßt der Richter verkaufen oder einziehen [2]).

Das Pfandrecht tritt übrigens erst mit der Thatsache der wirklichen Hülfsvollstreckung ein [3]); dazu wird ein richterliches Dekret nöthig, welches die Art der Vollziehung (durch die Gerichtsbedienten) vorschreibt [4]). Der Verkauf geschieht jetzt sofort, und zwar durch den vollziehenden Richter [5]).

Bei diesem Pfandrechte findet Rangordnung nach dem Alter Statt; keineswegs wird aber durch dessen Entstehung ein privates in ein öffentliches verwandelt [6]).

§. 39.

Von der Pfändung.

Die Pfändung nach dem hier vorwaltenden Begriff [7]) ist die eigenmächtige sofortige [8]) Ergreifung fremder Thiere, (auch Bienen,) welche Schaden auf einem Grundstück gestiftet haben, durch dessen Eigenthümer oder Namens desselben, auf diesem selbst, um sie bis zur Vergütung des Schadens innezubehalten, oder diese aus ihnen zu suchen. Diese Handlung jetzt erlaubter Selbsthülfe, welche gewissermaßen die Stelle eines richterlichen Pfandes vertritt, ist nach römischem Rechte nicht nur nicht erlaubt, sondern bis auf den einzigen Fall,

---

1) Fr. 15. §. 2. *de Re judicata.*

2) Fr. 15. §§. 8 — 10. *eod.* Danach ist es falsch, wenn Heffter a. a. O. S. 552. lehrt, der Richter müsse dem Gläubiger die Einziehung überlassen.

3) Fr. 61. *de Re jud.* Fr. 26. §. 1. *de P. A.* S. Glück XVIII. S. 272.

4) C. 1. *Si in cssa jud.* Fr. 15. §. 2. *de Re jud.* C. ult. *de Execut. rei jud.*

5) C. 1. *Si in cssa jud.*

6) Vergl. Albrecht Entscheid. Bd. 1. S. 53.

7) In einem andern Sinn ist sie nemlich bei den Dienstbarkeiten zu nehmen; s. Glück IX. S. 152. vgl. XV. §. 937. Estor Rechts-Gelahrtheit der Deutschen, Th. II. §. 4018. Th. III. §. 3988 ff.

8) Strube rechtl. Bedenken, III. 675. S. 302. Vgl. Scheidlein Miscell. IV. §. 73 ff. S. 138.

da man den Herrn des Viehes nicht kennt, strenge verboten [1]), in Deutschland aber, wohl aus uralter Volkssitte herrührend, durch Herkommen und Gerichtsgebrauch eingeführt, und unbezweifelt bis auf den heutigen Tag als gültig zu betrachten [2]). Das Stück Vieh haftet als Pfand für den Schaden, der durch Schätzung zu ermitteln ist, so wie für den üblichen Pfandschilling und das Futtergeld [3]). Ablieferung an die Obrigkeit ist nur da nöthig, wo sie ausdrücklich vorgeschrieben ist [4]). — Noch wird dabei erfodert, daß das Vieh auf das fremde Grundstück von selbst hingerathen, nicht durch Andere, z. B. Hirten, hingetrieben worden sei, sonst sind diese für den Schaden verantwortlich.

Eine andere der ersten ähnliche deutsch-volksthümliche Pfändung findet gegen diejenigen Personen Statt, welche kleine Feld-, Garten- oder Waldfrevel oder Diebereien, die zu unbedeutend sind, um criminell untersucht zu werden, begehen, und zwar entweder vom Eigenthümer und den Seinigen, oder dem dazu bestellten Wächter. Auch diese hat keinen andern Grund, als die erste Art. Sie darf aber niemals in Gewaltthätigkeit ausarten und sich daher auch nur auf solche Sachen erstrecken, die der Gepfändete in der Art bei sich hat, daß sie nicht an seiner Person befindlich sind, also z. B. wohl Wagen, Pferde, Schubkarren, Flinten, Körbe u. s. w., allein keineswegs Kleidungsstücke, oder gar was sich in denselben befindet. Freilich findet oft genug das Gegentheil Statt, allein von Gewohnheit kann hier so wenig die Rede sein, als man andern wie allgemeinen vernunftrechtlichen Grundsätzen zu folgen hat.

Der Verkauf der abgepfändeten Gegenstände geschieht gültig meist nur nach Verlauf einer kurzen Frist, welche so wie das Verfahren dabei partikularrechtlich durch Herkommen geregelt wird, bis wohin die Auslösung frei bleibt.

---

1) Fr. 39. §. 1. *ad Leg. Aquil.*
2) Glück X. S. 303.
3) Estor a. a. O. §. 4024.
4) S. Strube rechtl. Bedenken, III. 675. S. 303.

Sechster Abschnitt.

Von dem Anfange des Pfandrechts.

---

§. 40.

Allgemeine Bemerkungen.

Der Anfang des Pfandrechts ist der Zeitpunkt, von wo an dasselbe für den Berechtigten in Wirkung tritt. Jedes Recht setzt Thatsachen und Rechtssätze voraus. Die ersteren, welche die wesentlichen Bestandtheile für die Begründung des Rechts selbst bilden, so, daß dieses als Resultat der Anwendung von Rechtssätzen auf ihr Zusammentreffen erscheint, können nun zwar, wenn sie nicht gleichzeitig, sondern nach einander eintreten, erst mit dem Eintritt des letzten Bestandtheils oder Erfodernisses, als das Recht in voller Wirksamkeit herstellend betrachtet werden; allein es kann auch sowohl durch eine eigenthümliche Beschaffenheit ihrer rechtlichen Natur im Einzelnen, selbst wenn sie schon alle vorhanden sind, der Eintritt des vollwirkenden Rechts hinausgeschoben werden, bis sich jene rechtliche Natur durch äußere Umstände ändert, daß also das Recht schon besteht, nur noch nicht ausgeübt werden darf, als auf denselben das allmählige Zusammentreffen einen solchen Einfluß haben, daß er durch sie als schon früher geschehen, und sonach das Recht schon bisher vorhanden rückwärts angenommen wird, oder durch Ausbleiben einzelner ganz und gar wegfällt. Der Anfang der Wirksamkeit des Pfandrechts ist mithin nicht der Zeitpunkt, wo mittelst der Klage oder des Verkaufs sein voller Erfolg rechtlich herbeigeführt werden kann, sondern derjenige, von wo an der Verpfänder keine veräußernde Handlung in Bezug auf das Pfand mehr vorzunehmen befugt ist, ohne

daß Der, an welchen er dasselbe (auch pfandweise) veräußert, die volle Wirksamkeit des Pfandrechts dereinst als überwiegend anzuerkennen genöthigt wird. — Der Betheiligte kann dann in der Zwischenzeit nur solche Handlungen in Bezug auf das Recht vornehmen, welche auf Sicherung der Möglichkeit abzwecken, einstmals davon Gebrauch zu machen.

Nirgends ist in einer Lehre des Privatrechts der Anfang eines Rechts in einzelnen Fällen mannigfaltigeren Gestaltungen unterworfen, zugleich aber von größerer Wichtigkeit, als der des Pfandrechts. Denn wenn zwar eine Hauptregel sich dafür begreiflich aufstellen läßt, so ist es doch gerade deren Anwendbarkeit in jenen einzelnen Fällen, auf die es ankommt, und darum sind diese einer sorgfältigern Erörterung zu unterwerfen [1]).

Die thatsächlichen Voraussetzungen, welche das Pfandrecht zu seinem Vorhandensein stellt, sind in den vorigen Abschnitten behandelt worden; wir haben gesehen, daß dazu außer einem geeigneten Gegenstande zwei Obligationsverhältnisse erfoderlich sind, ein hauptsächliches und ein zu diesem hinzukommendes, welches letztere der Entstehungsgrund des Pfandrechts bei Voraussetzung der übrigen Bedingungen begreift. Sobald diese drei Erfodernisse also zusammentreffen, daß erstens der Grund der Foderung, wofür das Pfandrecht bestehen soll, bestimmt und rechtlich vollkommen begründet festgestellt ist; — zweitens, die Sache, woran es bestehen soll, so geeigenschaftet ist, daß deren Verfolgung im Wege des Pfandrechts möglich wird, und drittens der Entstehungsgrund des letztern selbst absolut feststeht; so fängt das Pfandrecht an. Negativ läßt sich der Anfang des Pfandrechts mit kurzen Worten für den Zeitpunkt bestimmen, wo es nicht

---

1) Dieser Gegenstand ist in neuerer Zeit in seinem ganzen Umfange einer ausführlichen Behandlung zum ersten Male von Hepp, Diss. inaug.: Ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat, 1825. (welche ich nicht habe erlangen können), unterworfen worden, und hat mehrere Gegen- und Rückschriften veranlaßt; von Zimmern in Schunks Jahrbüchern der ges. d. jur. Lit. Bd. II. S. 246—53., u. Mayer in der Tübinger critischen Zeitschrift f. R.Wissenschaft Bd. II. S. 71—94. von Hepp im Archiv für civil. Prax. Bd. X. S. 245—312. Einzelnes nachher zu Nennende nicht gerechnet.

mehr von der Willkühr des Verpfänders abhängt, ob es bestehen solle oder nicht [1]). Aus dieser Hauptregel fließen und erklären sich alle besondere Regeln, die nur Anwendungen derselben sind.

Ueber die Natur dieser Erfodernisse im Allgemeinen bedarf es, da, wenn vom Pfandrecht die Rede sein soll, das zweite und dritte schlechthin feststehen müssen, nur in Betreff des erstern der weitern Bemerkung, daß für dasselbe vor Allem der Unterschied als bedeutungsvoll hervortritt, ob eine Obligation erst mit der debiti caussa zugleich festgestellt wird, oder früher besteht, als letztere. Es ist nemlich nicht erfoderlich, daß debiti caussa schon vorhanden sei und das debitum selbst feststehe, sondern die Obligation braucht nur soweit zu bestehen, daß keiner der Contrahenten davon ohne des andern Willen zurücktreten darf; dann wird mit dem Eintritt jener für das nachher entstehende debitum selbst der Anfang des Pfandrechts auf den Zeitpunkt seiner Bestellung zurückbezogen. Sobald aber die Obligation selbst, der Natur des Rechtsgeschäfts zufolge, nicht eher entstehen kann, als sich die Schuld bestimmt und absolut feststellt, so kann auch der Entstehungsgrund des Pfandrechts seine Wirksamkeit erst von da an eintreten lassen [2]).

Die Verschiedenheit der Pfandrechte nach ihrer Eintheilung in freiwillige und nothwendige begründet für den Anfang ihrer Wirksamkeit darum einen großen Unterschied, weil bei jenen die Willkühr der Contrahenten weit mannigfaltigere Gestaltungen der einzelnen Erfodernisse bewirken kann, während das nothwendige unabhängig von jener ist, und zwei Hauptmomente für die erste Art, Bedingung und Termin, ohne Einfluß auf sie sind. Nur wegen der künftigen Sachen treten für die allgemeinen nothwendigen Pfandrechte gleiche Grundsätze ein, wie bei den vertragsmäßigen, weil der Anfang des Pfandrechts an ihnen durch ihre eigene rechtliche Natur bedingt wird.

---

1) S. Fritz a. a. O. S. 426.
2) S. *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 304.

Es wird hiernach angemessen sein, die einzelnen Pfandrechte rücksichtlich ihrer Wirksamkeit nach der in den beiden vorigen Abschnitten beobachteten Ordnung durchzugehen.

§. 41.

Vom Anfang des freiwilligen (besondern) Pfandrechts.

Für den Anfang des freiwilligen Pfandrechts sind nach der Möglichkeit folgender Fälle zunächst von den Obligationen, wofür es bestellt wird, folgende Regeln zu merken:

I. Wenn das debitum, (mithin auch die Obligation,) bei Bestellung des Pfandrechts schon feststehend, also älter oder gleichzeitig mit ihr ist, so hebt seine Wirksamkeit mit dem Augenblick seiner Bestellung an.

II. Wenn ein Pfandrecht bei einem Geschäft bestellt wird, wo erst mit der debiti caussa die Obligation eintritt, so fängt es auch erst dann an, ohne daß es bis dahin, der geschehenen Bestellung ungeachtet, Wirkungen äußert.

III. Wenn das Pfandrecht bestellt wurde, als zwar die Obligation, aber noch nicht debiti caussa feststand, so wird dessen Anfang nach Eintritt der letztern rückwärts auf den Tag der Contrahirung der Obligation bezogen.

Eine Ausnahme von diesen Regeln kann nur Folge eines ausdrücklichen Uebereinkommens sein, welches aber nur soweit gültig ist, als es das Interesse des Gläubigers und Pfandbestellers betrifft, und nicht das dritter Personen berührt.

Wir folgern diese Regeln aus:

1. Fr. 4. *Quae res pignori etc.* (s. o. S. 57.) Dieses behandelt einen Fall, wo die Obligation erst mit dem debitum selbst eintritt, nemlich durch Zahlung eines Darlehns[1]). Die Wirksamkeit des in dieser Voraussicht bestellten Pfandrechts fängt erst mit der Hauptobligation selbst an, weil vorher noch keine Obligation bestand; das bezeichnen die Worte: quum in potestate fuerit debitoris, pe-

1) Vergl. Brinkmann Rechtsk. I. 21. S. 76.

cuniam non accipere — und zwar nur an den Gegenständen, welche der Schuldner alsdann würde haben gültig verpfänden können. Durch den Schluß auf den entgegengesetzten Fall folgt hieraus zugleich, daß, sobald keine Willkühr des Schuldners mehr eingreifen kann, also ein Obligationsverhältniß fest begründet ist, das Pfandrecht beim nachherigen Eintritt des debitum seinen Anfang von Zeit der Verpfändung an nimmt, es müßte denn diese früher als jenes erstere geschehen sein. — Unrichtig ist hingegen die von Manchen [1]) aus diesem Bruchstück gezogene Ansicht, daß auch heutzutage noch ein pactum de mutuo dando, welches der frühern Stipulation de mutuo dando gleich zu setzen ist [2]), nur zum Vortheil des künftigen Schuldners eingegangen werde, und also nur vom Promissar abhänge, von seinem Rechte Gebrauch zu machen [3]), womit dann in Ver-

---

1) Gesterding a. a. O. S. 39. und 48.

2) S. das nachher angeführte Fr. 68. *de V. O.*

3) Danach müßte dem Gläubiger alles Interesse abgesprochen werden, sein Capitalvermögen nicht nur zinsbar und sicher zu belegen, sondern auch sich unter Umständen des baaren Geldes und der Last, es zu verwahren zu entledigen, und er stets zu seinem größten Schaden die Darlehnssumme bereit liegen haben, um zu erwarten, wann dem Schuldner gefällig sein werde, sie anzunehmen. Das zur Unterstützung jenes Satzes genannt werdende Fr. 30. *de Rebus creditis* — Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat, — ist nach richtiger Erklärung (vergl. *Retes* Opusc. Lib. VIII. Cap. 16. Thes. Meerm. T. VI. S. 402. *Gul. Barclaj.* ad h. t. et leg. Th. Ott. T. III. p. 882. Gesterding folgt dem *Emund. Merill.* ad h. t. et leg. in Thes. Otton. T. III. p. 683.) mit Beachtung des Unterschiedes zwischen einer Stipulation (von der hier die Rede ist) und der Numeratio mutui selbst zu verstehen, d. h es sind zwei verschiedene Contracte, einer Stipulationis, und einer mutui. Der Promittent wie der Promissar haben es in ihrer Gewalt, das mutuum einzugehen, oder nicht; klagen können sie mithin nur auf das Interesse, nicht auf die Eingehung des Darlehnscontracts. Wollte also der Promissar ex stipulatu klagen, so stände ihm die Einrede non numeratae pecuniae oder doli entgegen, — der Fall ist nemlich so zu denken, daß Titius dem Mävius 100 durch Stipulation verspricht, in der Absicht, sie als Darlehn aufzunehmen, nachher aber dieses Darlehn nicht contrahirt. — Jene Stelle sagt mithin: wer eine Stipulation eingegangen ist, in der Absicht, von einem Andern ein Darlehn aufzunehmen, in dessen Gewalt steht es, sich durch die Annahme des Darlehns nicht noch ex mutuo auch zu verpflichten, allein ex stipulatione incerta oder dem pacto, (de contrahendo) bleibt er auf das Interesse verhaftet; das folgt aus der Natur des Geschäfts und im Besondern aus Fr. 68. *de V. O.*

bindung gebracht wird, daß, weil der künftige Gläubiger zur Zahlung des Darlehns gezwungen werden könne, dieser nun dagegen billiger Weise dadurch zu begünstigen sei, daß das Pfandrecht nachher auch schon, wenn er zur Zahlung des debiti genöthigt werde, rückwärts von Zeit seiner Bestellung an gültig sein müsse. Dieser Zusatz führt nemlich Die, welche ihn aufstellen, gar zu dem Schluß, daß die römisch-rechtlichen Bestimmungen über diesen Fall und namentlich Fr. 4. *d.* bei uns nicht mehr gelten. — Hiernach hätte man denn also wirklich ein Pfandrecht ohne Hauptfoderung! denn letztere ist auch so wenig etwa eine bedingte, wie die Pfandbestellung selbst; und wodurch hörte denn jenes dann auf, wenn sich zuletzt bestimmt ergiebt, daß niemals die Auszahlung des Darlehns erfolgen werde? —

2. Fr. 1. pr. *Qui potiores etc.* — Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit, subsecuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignori alii dedit, mox residuae quantitatis numeratio impleta est; quaerebatur de pignore. Quum ex caussa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis, nec probe dici, in potestate ejus esse, ne pecuniam resi-

---

(s. o. S. 57.) Dennoch stellen Manche (Wening a. a. O. Th. II. S. 213. 215. Glück XII. 2.) die Ansicht auf, daß gegenwärtig schon das pactum de mutuo dando zur Auszahlung verpflichte, und der Schuldner zur Annahme gehalten sei, während Andere (Valett Pandektenrecht Th. II. §. 519. a. E.) diese gegenseitige Verpflichtung alternativ mit der Leistung das Interesse behaupten. Dies ist irrig, ein pactum de contrahendo begründet nur eine Klage in factum auf das Interesse, (s. o. S. 57. 205. 251.) nicht ad contrahendum. — Außerdem aber gebricht es auch zwischen der Frage: ob und inwiefern das pactum de mutuo dando klagbar sei, und der: ob dadurch bereits die Obligation des debiti, wofür das Pfandrecht bestellt wird, soweit begründet werde, daß von einer Wirksamkeit des letztern die Rede sein könne, an wesentlicher Beziehung; dies ist von der entgegengesetzten Meinung noch dazu übersehen worden. Die Obligation nemlich, für welche das Pfandrecht im Voraus in der Art bestellt ward, wird ja gar nicht durch das pactum de mutuo dando begründet, sondern die Obligation aus diesem betrifft ja erst die anderweite Obligation, vor deren Dasein doch ein Pfandrecht unmöglich anfangen und wirken kann.

duam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur. §. 1. Alia caussa est ejus, qui pignus accepit, ad eam summam, quam intra certum diem numerasset, ac forte priusquam numeraret alii res pignori data est. (PAP. 8. *Qu.*)

Nach dem Anfang dieses Bruchstücks fängt, wenn die Zahlung einer Summe versprochen worden, das für die stipulirte Rückzahlung dessen, was zu zahlen ist, bestellte Pfandrecht nicht erst mit den Terminen der einzelnen Zahlungen von der versprochenen ganzen Summe an, d. h. nicht erst mit dem debitum selbst, sondern bereits mit dem dies contractae obligationis, der nemlich zur Rückzahlung. Der Grund ist der, daß das Obligationsverhältniß mit der Stipulation der Rückzahlung feststeht, wenn selbst die vorhergehen sollende Hauptzahlung noch nicht geschehen ist. §. 1. handelt hingegen davon, wo die Obligation erst mit dem debitum selbst eintritt, welchen Falls das Pfandrecht auch erst mit der Zahlung des Darlehns anhebt. — Das Resultat, welches wir in dieser Stelle gefunden haben, haben wir jedoch noch in Zusammenstellung derselben mit zweien andern ausführlich zu begründen, da jene zu den schwierigsten gerechnet wird [1]), und man über deren Vereinigung mit §. 1. *eod.*, Fr. 4. *d.* und 11. pr. *eod.* (s. S. 366.), wonach ein für ein Darlehn im Voraus bestelltes Pfandrecht erst mit dessen Auszahlung anfängt, verschiedene Versuche angestellt hat. Während der eine [2]) nicht ansteht, Dem, der ein Darlehn versprochen, die Verpflichtung aufzulegen, es wirklich auszuzahlen, um dadurch Uebereinstimmung in der vorhandenen Obligation nachzuweisen, fällt er dabei auf der andern Seite in den Widerspruch, daß doch der Ehemann so wenig zur Annahme der Mitgift gezwungen werden kann, wie der, welcher ein Darlehn aufnehmen wollte, zu dessen Empfang. Mithin paßte der Entscheidungsgrund einer jeden der vermeintlich sich widersprechenden Stellen für

---

1) S. Hepp angef. Recens. S. 487 ff.
2) Gesterding a. a. O. S. 39.

die andere, während die Entscheidung dennoch verschieden ausfällt. Ein zweiter und neuester Versuch [1]), diese Schwierigkeit zu lösen, welcher mehr Aufmerksamkeit verdient, geht davon aus, daß Papinians Stelle einen von den beiden andern ganz verschiedenen Fall enthalte. Ersterer sage nemlich keineswegs, daß das Pfandrecht wegen künftiger Zurückgabe der versprochenen Mitgift sogleich mit der Pfandbestellung anhebe, sondern er werfe nur die Frage über den Umfang des Pfandrechts auf. Es frage sich nur, ob das Pfand dem Versprecher der Mitgift für die ganze Summe der in zwei Hälften ausgezahlten Mitgift, mit Ausschluß des Zwischenpfandgläubigers hafte, oder ob sich das Recht des letztern zwischen ihn dränge. Das sei es nun, was Papinian leugne; nicht die Zahlungstage sollen den Ausschlag geben, sondern der Tag der contrahirten Obligation, und danach erstrecke sich das Pfandrecht auf die ganze Mitgift, wie dies anfänglich gleich festgesetzt worden. Es handele sich nur um die Frage, ob das Pfandrecht unbedingt, oder beschränkt den Vorrang vor dem Zwischenpfandgläubiger habe, also nicht um den Anfang des Pfandrechts, sondern um seinen Umfang und seine Wirksamkeit. Freilich sei die Pfandbestellung vorausgegangen, allein nirgends sei gesagt, daß das Pfandrecht mit der Bestellung angefangen habe; diese Frage habe hier gar nicht zur Entscheidung vorgelegen. Denn überall, wo es von der Willkühr des Bestellers abhänge, ob und wann das Pfandrecht seinen Anfang nehme, fange es nie mit der Bestellung an. Da nun der Ehemann nicht zur Annahme der Mitgift gezwungen werden könne, so könne das Pfandrecht auch erst mit der Annahme anfangen. Hierin stehen sich Mitgift und Darlehn völlig gleich. Gehe aber die Zahlung nachmals ein, so solle es, auch wenn sich der neue Pfandgläubiger dazwischen gedrängt, gehalten werden, wie zur Zeit der Pfandbestellung verabredet wurde, d. h. das Pfand hafte für das ganze Darlehn und die ganze Mitgift, weil der Pfandbesteller

1) Von Hepp a. a. O. S. 488 ff.

sonst seinem eigenen Versprechen zuwider handeln würde[1]). — Auch diese Erklärung müssen wir als durchaus mißlungen bezeichnen; wie kann ein Pfandrecht dem andern vorgehen, ohne bevorzugt zu sein und ohne früher anzufangen? Den Umfang des Pfandrechts hier dem Anfang zu unterstellen, ist offenbar eine Selbsttäuschung, und nur zu bewundern, daß man sich nicht auch noch auf die Untheilbarkeit des Pfandrechts berufen hat. Wir wollen nicht weiter nachweisen, wie, nachdem man die richtige Bahn von Anfang herein verkannt hatte, die Consequenz von Irrthum zu Irrthum fortriß, bis dahin, daß ein versprochenes Darlehn von **1000**, wofür ein Pfandrecht im Voraus bestellt worden, auch dann ein ganzes sei, wenn es in drei vierteljährigen Raten gezahlt werde, und nicht vielmehr drei, während doch Niemand bezweifelte, daß ein Darlehn ein Realcontract und nichts weiter ist; der Nothwendigkeit, jene Argumentation Satz für Satz zu widerlegen, überhebt die Entwickelung der richtigen Ansicht über das Verhältniß der drei Stellen unseres Rechtsbuchs zu einander, wonach sich ergeben wird, daß man bisher an eine ganz falsche Obligation gedacht hat.

Die Irrung und Verwickelung, wesentlich Verschiedenes für Gleiches zu halten, kann hier nur, aber auch mit Sicherheit, dadurch vermieden werden, wenn man die Natur der in Frage stehenden Rechtsgeschäfte einer aufmerksamen Betrachtung unterwirft; wir haben es mit einem versprochenen Darlehn und mit einer versprochenen Mitgift zu thun. Diese Versprechen hielt man für gleich, während gerade das Gegentheil Statt findet. Das Versprechen, eine Mitgift bestellen zu wollen, begründet eine vollgültige Obligation, die versprochene Summe zu fodern, wie Fr. 1. pr. *d.* ausdrücklich sagt. Das Versprechen eines Darlehns

---

1) Noch ausführlicher hat Hepp diese irrige Auslegung im Archiv Bd. X. S. 282 ff. zu begründen versucht, und obschon er einige Male eine Wendung, nach der rechten Bahn zu kommen macht (S. 286. und 294.), doch nicht von jener abgelassen. S. auch das. die Versuche von Meyer und Zimmern. — Auch *Cujac.* Comm. zu Pap. (Opp. T. IV. p. 178 ff.) ist hier nicht zu brauchen.

ist aber nichts weiter, als ein pactum de contrahendo, indem ja die Hauptobligation hier erst aus einem Realcontract entspringt. Dort kann wirklich auf Auszahlung der versprochenen Summe geklagt werden, hier nur auf das Interesse; denn zum Contrahiren wird Niemand gezwungen. Nehmen wir nun die Pfandbestellung in beiden Fällen hinzu. Wofür wird ein Pfandrecht bestellt? Für die einstige Rückzahlung, also für die Obligation dazu. Was begründet diese? Der Empfang des Geldes, lautete die bisherige Antwort; aber hier liegt eben der wesentlichste Irrthum. Beim Darlehn begründet der Empfang, der Natur des Realcontracts gemäß, allerdings die Rückgabe, somit die Obligation dazu, und diese kann also erst mit dem Empfang anheben; allein bei der versprochenen Mitgift, wohlverstanden einer adventicia recepticia, wird die Rückgabe an den Besteller nicht durch die Natur des Geschäfts selbst bedingt, sondern sie kann nur Folge einer besondern Verpflichtung dazu mittelst Stipulation (oder Vertrages) sein! — Das Pfandrecht kann mithin nur für letztere gedacht, diese aber muß darum nothwendig angenommen werden, weil sie wesentliches Erfoderniß für das Pfandrecht, und dieses nicht ohne sie zu denken ist. Die Obligation aus der Stipulation besteht hier also schon vor der Zahlung der Mitgift, und sonach das Pfandrecht für sie; daß sie, wenn die Zahlung ausbleibt, und der Gläubiger künftig Klage auf Rückgabe der Mitgift erhebt, mit der Einrede des nichtgezahlten Geldes oder der Arglist abgewehrt und vernichtet werden kann, ist eine Sache für sich, läßt aber die Obligation bis dahin unberührt. Ganz derselbe Fall könnte beim Darlehn dann eintreten, wenn Jemand in Voraussicht dessen Empfangs die Rückzahlung stipulirt und dafür ein Pfandrecht bestellt hat [1]). Da nun in diesen Fällen die Obligation, wofür das Pfandrecht bestellt ist, feststeht, so ist es freilich gleichgültig, wenn die Zahlung von dem Gläubiger ex stipulatu an den Versprechenden erst später geschieht, denn diese stellt

---

1) S. vorher S. 359. Anm. 3.

ja nicht etwa, wie beim einfachen Darlehn, die Obligation, wofür das Pfandrecht bestellt ist, erst dann her, sondern schließt nur die Möglichkeit aus, sie durch die Einrede des nichtgezahlten Geldes oder der Arglist deshalb wirkungslos zu machen. — Hiernach ist nun unsere obige Benutzung des Fr. 1. pr. *d.* als Beweisstelle die einzig richtige, und danach in den Worten: (dies) contractae obligationis nicht die Verpflichtung Dessen gemeint, welcher die Mitgift versprochen hat, — denn wie könnte für diese Obligation ihm ein Pfandrecht bestellt werden, oder der Anfangspunkt seiner Verpflichtung gegen den Ehemann einen Einfluß auf dessen Verpflichtung zur Zurückgabe und das dafür bestellte Pfandrecht ausüben? — sondern keine andere, als die zuletztgedachte des Ehemanns, wofür eben das Pfandrecht bestellt ist, mithin die aus der Stipulation. Nun erklärt sich auch ganz natürlich, daß und warum es durchaus nicht von gleicher Wirkung sei, obwohl der künftige Schuldner zur Annahme des Geldes so wenig gezwungen werden kann, als der Ehemann zu der der Mitgift; für jenen nemlich wird erst durch die Annahme (re) die Obligation hergestellt, wofür er ein Pfandrecht bestellt hat; für den Ehemann besteht aber die Obligation schon in Folge der Stipulation, er mag die Mitgift ganz oder zum Theil annehmen oder nicht, und also hat mit ihr das Pfandrecht angefangen.

3. Fr. 9. pr. *eod.* — Qui balneum ex Calendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur; idem ante kalendas Julias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit; consultus, an adversus hunc creditorem petentem Erotem, locatorem Praetor tueri deberet, respondit, debere; licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quidquam pro conductione deberetur, quoniam tamen jam tunc in ea caussa Eros esse coepisset, ut invito locatore jus pignoris in eo solvi non posset, potiorem ejus caussam habendam. §. 1. Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quidquam deberi coeperit, si modo non ea

conditio sit, quae invito debitore impleri non possit. §. 2. Sed etsi heres ob ea legata, quae sub conditione data erant, de pignore rei suae convenisset, postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit, ac post conditio legatorum extitit, hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit [1]). (AFRIC. 8. *Qu.*)

Zu Anfang ist der Fall, daß die Obligation schon feststand, als das Pfandrecht bestellt ward, dies hebt darum sofort an, und zwar für das erst später erwachsende debitum. §. 1. behandelt denselben Fall in Bezug auf eine dabei eingreifende Bedingung, und erkennt an, daß, wenn deren Erfüllung vom Schuldner abhängt (s. S. 369.), das Gegentheil eintrete. Letzteres beweist wiederum, weil dann die Obligation selbst noch nicht feststeht, daß auch das Pfandrecht nicht vorher anfangen könne. §. 2. beweist dasselbe wie der Anfang.

4. Fr. 11. pr. *eod.* — Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat: ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit; poterat enim licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam [2]). §. 1. Videamus an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure, et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat conditio, ut potior sit, qui postea credidisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum; quum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tem-

---

1) Für diese Stelle ist zu bemerken, daß das Pfandübereinkommen hier den Ausschlag giebt, was sie von andern, worin der Wirkung einer Bedingung bei Vermächtnissen als nicht rückwirkend gedacht ist, unterscheidet; vgl. z. B. Fr. 14. §. 3. *Quando dies legat.* etc. s. Glück a. a. O. Bd. XIX. S. 326.

2) In meiner Uebersetzung dieser Stelle im deutschen C. J. heißt es durch eine Irrung sinnentstellend: „denn es hing nicht vom Schuldner ab, das Geld in Empfang zu nehmen", anstatt dessen es heißen muß: „denn es hing vom Schuldner ab, das Geld nicht in Empfang zu nehmen".

pore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset, quod et melius est. (GAI. l. s. *de f. hyp.*)

Im Anfang dieser Stelle war noch keine Obligation vorhanden, weil diese erst mit der Zahlung des Darlehns als debiti caussa eintritt, und der Schuldner sie abwenden konnte, so lange er wollte; mithin kann auch das Pfandrecht nicht eher anfangen. §. **1.** lehrt das Gegentheil für den Fall, daß für eine bedingte Schuld Hypothek bestellt wird, denn hier ist eine Obligation bereits vorhanden, indem diese durch den Eintritt der Bedingung rückwärts als unbedingt eingegangen erscheint.

5. **Fr. 12.** §. **2.** *eod.* — Si primus, qui sine hypotheca credidit post secundum, qui utrumque fecit, ipse hypothecam accepit, sine dubio posterior in hypotheca est. Unde si in diem de hypotheca convenit dubium non est, quin potior sit, licet ante diem cum alio creditore pure de eadem re convenerit[1]. (MARC. l. l.)

Wenn für eine bestehende Schuld eine bedingte Hypothek bestellt wird, und die Bedingung nachmals in Erfüllung geht, so wird der Anfang des Pfandrechts auf die Zeit seiner Bestellung zurückbezogen, weil die Obligation feststand.

§. 42.

Vom Einfluß der Bedingungen und Zeitbestimmungen auf den Anfang des Pfandrechts.

In den zu Anfang des vorigen Paragraphen aufgestellten drei Regeln, ist die Pfandbestellung als eine unbedingte, sowie auf unbedingte Foderungen bezüglich gedacht; freilich kannn stillschweigend in seiner Bestellung eine auf die Foderung oder das Pfand (s. §. **44. B.**) selbst bezügliche Bedingung liegen, diese ist jedoch dann vielmehr ein nothwendiges Erfoderniß, und als solches also stillschweigend vorausge-

---

1) Der dies ist hier incertus, also instar conditionis, s. S. 58. Anm. 1. u. S. 62 f. Um diese Stelle nicht mißzuverstehen, s. meine Uebersetzung im deutschen C. J. Bd. II. S. 499.

setzt (s. o. S. 56. u. 139 [1]). Kommen aber bei der Pfandbestellung an sich Bedingungen (s. o. S. 209.) oder Zeitbestimmungen in Betracht, so müssen auch die gewöhnlichen Grundsätze und Regeln von derartigen Rechtsgeschäften zur Anwendung kommen, mithin der Anfang des Pfandrechts danach bestimmt werden, wie hier der für das Geschäft überhaupt anzunehmen ist. Beides, Bedingung wie Zeitbestimmung, kann für das Pfandrecht in doppelter Hinsicht hier in Betracht fallen, je nachdem sie auf dessen Bestellung als Vertragsgeschäft selbst bezogen wird, oder auf die Hauptfoderung, wofür jenes bestellt ist; im letzten Fall haben wir es mit einer bedingten Foderung, im ersten mit einer bedingten Pfandbestellung zu thun, (s. o. S. 209.).

Die Anwendung einer Zeitbestimmung für den Anfang des Pfandrechts macht sich leicht und von selbst; betrifft sie, wie hier stets anzunehmen ist, einen bestimmten Tag, so ist die Regel, daß das Pfandrecht erst von dann anheben soll. Es ist jedoch auf den Inhalt des Pfandübereinkommens die genaueste Rücksicht zu nehmen, weil danach auch die Möglichkeit vorhanden ist, daß das Pfandrecht schon zur Zeit der Bestellung hat anheben, und nur die Befriedigung aus dem Pfande bis zum Termin verschoben sein sollen. Manche [1]) nehmen zwar umgekehrt an, es sei im Zweifel nur die Befriedigung als verschoben zu betrachten, allein wohl mit Unrecht, da eine solche Verschiebung schon in der Vorschrift über das Verfahren beim Verkauf des Pfandes gesetzlich enthalten ist, und wenn man jenes als Regel und nicht als Ausnahme betrachten wollte, Collisionen oftmals in der Berechnung unvermeidlich sein würden.

Pfandbestellung bis zu einem bestimmten Tage gehört nicht hierher, sondern zur Erlöschung des Pfandrechts.

Die Foderungen in diem stehen den bedingten für den Anfang des Pfandrechts für sie gleich; von beiden weiter unten. Zunächst beschäftigt uns die bedingte Pfandbestellung.

---

1) S. Valett a. a. O. §. 328.

Die Ansichten über den Einfluß der Bedingungen auf Rechtsgeschäfte überhaupt sind besonders wegen deren Eintheilung sehr verschiedenartig [1]), es genügt hier die Anwendung der als richtig erkannten [2]). Die aufschiebende Bedingung (nur von dieser ist die Rede, denn die auflösende ist blos für das Aufhören des Pfandrechts von Interesse,) verzieht die Vollkommenheit eines Rechtsgeschäfts, und dieses ist während der Dauer dieses Zustandes an sich unwirksam. Es besteht also noch kein Recht [3]), sondern nur die Hoffnung auf ein solches für die Zukunft [4]); nur für sie kann rechtlicher Schutz in Anspruch genommen werden, d. h. der, gegen alle Versuche sie zu vereiteln [5]). Mit der Erfüllung der Bedingung tritt die Vollkommenheit eines Rechtsgeschäfts ein, so daß angenommen wird, das Geschäft habe nun auch schon bisher bestanden. Der deshalb öfters auf das römische Recht geworfene Tadel läßt sich abwenden, wenn man die dafür doch wohl zulässige Erklärung annimmt, daß es Absicht der Parteien gewesen, unter der nun eingetretenen Bedingung gleich Anfangs verpflichtet gewesen sein zu wollen. Gleich bei allen andern Geschäften wird nun auch beim Pfandrecht jede wirkliche Bedingung auf den Anfang des Geschäfts zurückbezogen, und dasselbe rückwärts als gleich damals vollkommen und unbedingt eingegangen betrachtet [6]). Das römische Recht erkennt selbst drei Arten von Bedingungen an: zufällige, welche von vorher unbestimmbaren Ereignissen, potestative, die vom Willen des künftigen Gläubigers, und gemischte, die von beiden Umständen abhängen [7]). Von Bedingungen, welche der Schuldner zu erfüllen habe, ist im römischen Rechte nirgends die Rede, und die dies bejahende Annahme [8]), welche sie zugleich als diejenigen be-

---

1) Vergl. Thibaut civil. Abhandlungen S. 364. *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 108. (6). Wening a. a. O. Thl. II. S. 177. Gesterding a. a. O. S. 23. Bucher a. a. O. S. 140.

2) Vgl. Gesterding a. a. O.

3) Fr. 213. pr. *de V. S.* Fr. 13. §. 5. *de Pignoribus.* (s. S. 55.) Fr. 9. pr. *de Rebus creditis.*

4) §. 4. J. *de V. Obl.*

5) Fr. 85. §. 7. *de V. Obl.*

6) Fr. 9. §. 1. u. 2. u. Fr. 11. §. 1. *Qui potiores.*

7) C. un. §. 7. *de Caducis toll.*

8) Glück a. a. O. S. 322., ja man findet sie wohl allgemein?

zeichnet, welche das Pfandrecht erst mit ihrer Erfüllung anheben lassen, durchaus irrig. Das Gegentheil ist unmittelbar ersichtlich aus **Fr. 17.** *de V. O.* — Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione, — womit man **Fr. 108. §. 1.** *eod.* verbinden kann, nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit. — Der Versuch, aus **Fr. 4.** *Quae res pignori etc.* (s. o. S. **57.**) einen Gegenbeweisgrund zu nehmen, verkennt dessen Inhalt, weil das, was darin als Bedingung betrachtet werden könnte, ein wesentliches Erfoderniß für das rechtliche Dasein des Geschäfts selbst ist. Denn wenn Jemand die Absicht hat, von einem Andern ein Darlehn aufzunehmen, und ihm deshalb im Voraus Pfänder bestellt, so ist die Verpfändung gar keine bedingte, sondern der Eintritt des Umstandes, in welchem hier die Eigenschaft einer Bedingung gefunden werden soll, d. h. die Auszahlung und Annahme des Darlehns, beruhet lediglich in der Natur des Geschäfts als wesentlich für dessen Begriff, und nicht in von den Erfodernissen dazu unabhängigen äußern Umständen und Ereignissen; nur letztere aber bilden den Begriff von Bedingungen, allein eine Obligation setzt ja die Verpfändung wesentlich für ihr eigenes Vorhandensein voraus. Der Umstand, daß diese in der Vorstellung der Contrahenten vorausgesetzt wird, kann die Verpfändung, welche doch erst später, wenn die Obligation entstanden, Wirkungen äußern kann, so wenig zur bedingten stempeln, wie die Foderung selbst, sondern die Verpfändung würde ganz und gar vergeblich und also ungültig sein, wenn jene nicht vorausgesetzt würde. Dieser Umstand ist mithin nur geeignet, die Zulässigkeit des Uebereinkommens, d. i. einer solchen Pfandbestellung, und ihre spätere Anerkennung insofern, daß, wenn die Obligation eingetreten, nun keine neue Handlung zu geschehen braucht, um sie wirksam zu machen, zu erklären (s. S. **57.**), nicht sie selbst oder die Foderung zu characterisiren. Ganz ebenso ist **Fr. 11.** pr. *Qui potiores* etc. (s. S. **366.**) zu verstehen. Endlich beruft man sich auch für die angeblich vom Schuldner zu erfüllenden Bedingungen auf **§. 2.** der letztgenannten Stelle: Si colonus convenit, ut

inducta in fundum, illata, ibi nata, pignori essent, antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est, quod posterius factum est. — Allein, daß das Pfandrecht erst zur Zeit des Einbringens jener Sachen anhebe, hat den ganz natürlichen Grund [1]), daß von Invectis und Illatis nicht eher die Rede sein kann, als für die betheiligten Sachen dieser Begriff durch das Hineinschaffen in das vermiethete Gebäude eingetreten ist. Es ist hier also ein ähnlicher Fall, wie mit den künftigen Sachen (s. § **44.**).

Allerdings aber kann es Bedingungen geben, auf deren Erfüllung von Seiten eines Andern der Schuldner insofern einen Einfluß üben kann, daß das Geschehenlassen derselben von seiner Willkühr abhängig wird; davon handelt **Fr. 9. §. 1.** *Qui potiores* etc. (s. S. **365.**) Dann ist jedoch der die Bedingung bildende Umstand dies nur für den Gläubiger, nicht für den Schuldner; diesem bleibt vielmehr die freie Willkühr, die Erfüllung eintreten zu lassen oder nicht, und darum ist ebenso wenig eine Obligation bis zu diesem Zeitpunkt vorhanden, als vorher in den Fällen gedacht worden, wo noch ein Erfoderniß der Obligation selbst in Frage steht. Die Uebereinkunft der Parteien ist dann auch für nichts weiter zu erachten, als für eine vorläufige Beabredung über eine künftig erst wirklich zu begründende Obligation, ohne daß eine gegenseitige Verpflichtung bis dahin Statt fände. Der klare Beweis dafür ist, daß das Pfandrecht hier nicht mit seiner Bestellung eintritt, weil dazu ein Erfoderniß noch obschwebt, (was hier auch nur für die nachmalige rechtliche Anerkennung ohne neue Handlung durch Voraussetzung der Obligation in der Vorstellung der Parteien ersetzt wird,) sondern erst mit dem nachherigen Eintritt der Obligation [2]).

---

1) **L. C. 5.** *In quibus causis pign.*

2) **Fr. 9. §. 1.** *d.* Vgl. noch **Bucher a. a. O. S. 140.**

Das Zurückbeziehen der eingetretenen Bedingung in Betreff der Wirksamkeit des Geschäfts der Pfandbestellung hat zur Folge, daß auch alle Handlungen, welche von Seiten des Verpfänders in der Zwischenzeit in Bezug auf das Pfand vorgenommen werden, in positiver und negativer Hinsicht ohne Einfluß auf dasselbe sind. Daher fängt z. B. ein inzwischen unbedingt bestelltes Pfandrecht nicht früher an, als das von einer Bedingung abhängige, welche zwar früher eingegangen, aber erst später erfüllt worden ist; daher sind ferner Veräußerungen des Pfandes ohne nachtheilige Wirkung, nur darf man das nicht mit dem Satze, res transit cum suo onere in Verbindung bringen, denn es bestand bis dahin noch kein Pfandrecht, sondern nur ein Hoffnungsrecht [1]).

Vom Wesen der bedingten Foderung überhaupt ist §. 11. ausführlicher gehandelt worden. Für den Anfang des Pfandrechts an ihnen [2]) gelten durchaus die vorher von der bedingten Pfandbestellung entwickelten Grundsätze. Ganz gleich stehen diesen darin die künftigen Foderungen, d. h. die in diem conceptae [3]) (s. o. §. 11.), oder ihrer Natur nach erst zu einem bestimmten Tage fälligen; ist dieser absolut ungewiß, so gehören sie sogar zu den bedingten [4]). — Zu den künftigen Foderungen werden namentlich mit Rücksicht auf das Pfandrecht öfters diejenigen gerechnet, in Voraussicht

---

1) Fr. 4. *Quae res pignori*, per arg. e contrario. Gesterding S. 32 f. u. Hepp Recens. S. 486.

2) Vgl. Heise u. Cropp jur. Abhandl. II. S. 417.

3) Diese, wie Glück XIX. S. 320. thut, den unbedingten gleich zu stellen, ist irrig; denn das Pfandrecht kann ja nicht eher ausgeübt werden, als der Tag gekommen ist, wohl aber stehen sie darum den bedingten gleich.

4) S. o. S. 62. u. Bucher a. a. O. §. 41. Fr. 9. pr. *Qui potiores*. Fr. 12. §. 2. *eod.* u. Fr. 18. *eod.* — Lucius Titius pecuniam mutuam dedit sub usuris, acceptis pignoribus, eidemque debitori Maevius sub iisdem pignoribus pecuniam dedit; quaero an Titius non tantum sortis, et earum usurarum nomine, quae accesserunt, antequam Maevius crederet, sed etiam earum, quae postea accesserunt, potior esset? Respondit, Lucium Titium in omne, quod ei debetur, potiorem esse. (SCAEV. 1. *resp.*) wegen der Zinsen des ersten Darlehns, die später erst erwachsen, weil diese wegfallen würden, wenn die Rückzahlung jenes früher erfolgte.

deren ein solches bestellt ist, welche aber (d. h. die Obligationen) erst mit dem debitum selbst eintreten (s. o. S. 358.). Da nun aber alsdann, wie oben gezeigt worden, die Entstehung des letztern (z. B. die wirkliche Annahme des Darlehns) von der Willkühr des Schuldners abhängt, so kann von einer andern Foderung, als einer blos annahmsweise vorausgesetzten (s. o. S. 57.) gar keine Rede sein, und das Pfandrecht fängt also auch erst mit dem nachmals mit der Obligation gleichzeitig entstehenden debitum, und nicht früher an [1]).

Noch sei bemerkt, daß zu den bedingten Foderungen auch die Schuld des Hauptschuldners an den Bürgen zu rechnen ist, dem er deshalb für den Fall der künftigen Regreßklage ein Pfandrecht bestellt hat.

§. 43.

Vom Anfang des gesetzlichen besondern Pfandrechts.

Das gesetzliche Pfandrecht entsteht durch die Anwendung des Gesetzes auf eine gewisse Thatsache, welche die Hauptobligation [2]) zwischen den Betheiligten begründet, und jene durch ihr Vorhandensein allein herbeiführt. Da nun mit jener Thatsache zugleich der Anfang des Pfandrechts verbunden ist, so ist es weit leichter und einfacher, den Anfang der gesetzlichen Pfandrechte, welcher diesen überhaupt eigenthümlich ist, durch eine allgemeine Regel zu bestimmen, als den der vertragsmäßigen, ausgenommen diejenigen, welche hierin mit den letztern gleich beurtheilt werden, d. h. der allgemeinen. Die gedachte Thatsache ist zugleich Grund der Verpfändung; sobald nun der Gegenstand, welcher als Pfand

---

1) Vergl. hier Fritz a. a. O. S. 426., der einige besondere Ansichten über Verpflichtung zur Annahme eines Darlehns und den Anfang des dafür bestellten Pfandrechts hat, die wir nach unserer obigen entwickelten Ansicht verwerfen müssen, da das Darlehn ein Realcontract ist und die Obligation ex mutuo nicht früher anfangen kann, als ex meo tuum fit.

2) Ob das debitum auch, oder nicht, ist gleichviel, s. C. 6. §. ult. *de Bonis quae lib.* und *Mühlenbr.* l. l. §. 315. (2).

haften soll, bereits als solcher existirt, so hebt auch das Pfandrecht sofort an, entgegengesetzten Falls erst mit der Entstehung jenes Begriffs. Seine gesetzliche eventuelle Begründung im voraus ist jedoch keineswegs als eine bedingte zu betrachten, denn es fehlt noch am Gegenstande selbst, und dieser ist wesentliches Erfoderniß, nicht Bedingung. (S. §. 44.)

Gehen wir nun die besondern Pfandrechte nach der Reihenfolge in §. 33. durch.

1. Das Pfandrecht des Vermiethers städtischer Grundstücke (im Sinne des Pfandrechts) ist zwar mit dem Abschluß des Miethscontracts allerdings gesetzlich begründet, allein da nur gewisse Sachen des Miethers haften, die s. g. Invecta und Illata, und zur Herstellung dieses Begriffs das Hineinschaffen derselben in das gemiethete Grundstück unter den erfoderlichen Umständen nöthig ist, so kann das Pfandrecht nicht früher als jener Begriff anfangen. Das beweist namentlich das mehrgedachte Fr. 11. §. 2. *Qui potiores* etc.; denn wenn gleich diese Stelle eine ausdrückliche Verpfändung und zwar des Pächters ländlicher und städtischer Grundstücke zugleich voraussetzt, so ist doch kein Grund, zu bezweifeln, daß dies auch von dem gesetzlichen Pfandrechte für den Miethcontract gelte [1]). Dieses besteht mithin sowohl für die seit der Hineinschaffung der Sachen erwachsenen Foderungen, als für die früheren; allein für letztere nur in der Art, wie ein erst später für eine bereits bestehende Foderung bestelltes Pfandrecht, mithin steht es den inzwischen daran entstandenen andern Pfandrechten nach. Dagegen hebt aber auch das Pfandrecht für die erst später erwachsenden Foderungen, — z. B. spätere Jahresmiethzinsen, — sogleich an, so daß der Verpächter späteren Gläubigern vorgeht, wenn auch der Pachtzins noch nicht erwachsen ist, weil die Obligation dazu bereits besteht.

---

1) S. Glück XVIII. S. 421. und die bestätigenden Basiliken. Lib. XXV. Tit. 5. 11. §. 1.

2. Das Pfandrecht des Verpächters ländlicher Grundstücke an den darauf gewonnenen Früchten beginnt mit deren Trennung vom Boden, dessen Zubehör sie bis dahin sind. Aeltere Rechtsgelehrte haben zwar dessen Anfang mit dem Abschluß des Pachtcontracts zusammenfallen lassen [1]), allein das ist wegen des Mangels an einem Pfandgegenstande irrig. Sobald dieses Pfandrecht begonnen, haftet das Pfand übrigens auch für die erst künftig fällig werdenden Pacht-Raten, und nicht etwa jede Erndte für jede Jahrespacht.

3. Der Anfang des Pfandrechts für ein wiederhergestelltes Gebäude kann erst mit dessen Wiederherstellung, also dem Dasein seines Gegenstandes eintreten [2]). Es kann aber hier eine sehr feine Frage entstehen, welche in unendlich mannigfaltig sich möglicher Weise gestaltenden Fällen vorkommen kann, und für deren Entscheidung doch ein allgemeiner Grundsatz zu suchen ist, — nemlich die, wann der Begriff der Wiederherstellung eintrete? Nehmen wir an, es entsteht Streit zwischen dem frühern Pfandgläubiger am Gebäude und dem, der zu dessen Wiederherstellung Geld vorgeschossen hat, während es noch im Wiederaufbau begriffen ist; oder es verhindern zufällige Umstände die Ausführung des begonnenen Baues überhaupt, deren Abwendung der Gläubiger nicht in seiner Gewalt hat. Die, welche dieses Pfandrecht strenge an den Wiederaufbau knüpfen, ohne es auf nothwendige Wiederherstellung baufälliger Gebäude auszudehnen, kommen hierbei noch in die Verlegenheit, daß sie auf den dann eintretenden Zustand den Begriff des Wiederaufbaues doch nicht anwenden können. Wir glauben diese Schwierigkeiten folgendergestalt zu beseitigen. Der Begriff der Wiederherstellung zeigt offenbar auf eine Verbesserung des unmittelbar vorherigen Zustandes, also einen Gewinn des Gebäudes oder Bauplatzes [3]) an Werth; dieser ist bei entstehendem Streit, und zur Ausmittelung des zwiefachen Werthbetrages,

---

1) S. bei Glück a. a. O. S. 447.

2) S. Hepp im Archiv Bd. X. S. 274 ff., bes. wider Zimmern u. Mayer; ersterer setzt das Darlehn als Anfangspunkt.

3) Denn es könnte ja z. B. auch auf der Stelle eines schon verpfändeten abgebrannten Hauses (welche forthaftet,) nur erst eine neue Grundmauer gezogen sein.

durch gesetzliche Werthschätzung festzustellen. Je nachdem diese jetzt mehr als die beträgt, welche das Gebäude vor der Wiederherstellung und im frühern Zustande hatte, ist ein Gegenstand für das Pfandrecht des Darleihers, und somit ein Anfang für dasselbe anzunehmen, welcher also in Ermangelung der Ausführung des Baues nur in dem höhern Betrage der spätern gegen die frühere Werthsbestimmung besteht. — Allerdings kann die Wiederherstellung oftmals in einer Periode begriffen sein, wo das Haus weniger werth ist, als ehe sie begann; dann kann freilich noch von keinem Pfande die Rede sein.

4. Das Pfandrecht der Personen (s. §. 33. III. A — C.), welche ein solches an den mit ihrem Gelde durch Andere eigenmächtig erkauften Sachen haben, fängt sofort mit deren Erwerbung durch die Zahlung des Geldes an, ungeachtet sich bei der dem Berechtigten zuständigen Wahl, von diesem Pfandrechte oder seiner analogen Eigenthumsklage Gebrauch zu machen, erst nachher zeigt, ob es sich um ein solches überhaupt handele.

5. Das Pfandrecht der Vermächtniß- und Fideicommißberechtigten an dem ganzen Vermögen des Erblassers oder einzelnen Stücken davon, (§. 33. IV.) hebt mit der Erwerbung des Vermächtnisses oder Fideicommisses an [1]), weil mit dieser dessen Obligation festgestellt wird, d. h. also mit dem dies cessionis, Ist dieser der Todestag des Testators, so fängt das Pfandrecht sofort an, außerdem vom Tage der Erbschaftsantretung [2]). Freilich muß auch diese für den ersten Fall nicht ausbleiben, allein dadurch wird ja dann nicht die Erwerbung des Vermächtnisses verschoben, sondern dasselbe wird nur, wenn sie ausbleibt, rückwärts vernichtet. Ohne Einfluß [3]) auf den Anfang dieses Pfandrechts ist also: 1) daß die Verpflichtung des Erben erst mit der

1) Hepp a. a. O. S. 276. ebendort s. andere unrichtige Meinungen, vergl. auch Glück XIX. S. 170 ff.

2) C. un. §. 1. *de Caducis tollend.* Fr. 2. 3. 9. *Quando dies legator.* Fr. un. *Quando dies usus fr.*

3) S. Glück XIX. S. 171 ff., das Folgende oben nach ihm und Hepp a. a. O. S. 277.

Erbschaftsantretung anhebt, weil ihm diese mit dem Augenblick des Todes des Erblassers zusteht[1]), und sich also der Grundsatz: heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse intelligitur[2]), geltend macht. 2) Daß der Berechtigte das Pfandrecht erst nach dem Erbschaftsantritt in Ausübung bringen kann. — Von bedingten Vermächtnissen gilt für den Anfang des Pfandrechts dasselbe, wie für den der bedingten Foderungen[3]); außerdem kommt der Unterschied der Erwerbungszeit ebenfalls in Betracht.

§. 44.

Vom Anfange des allgemeinen Pfandrechts überhaupt, und des gesetzlichen, so wie des an künftigen Sachen im Besondern.

Das allgemeine Pfandrecht ist ein Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte, so vieler als Gegenstände dazu vorhanden sind; insofern nun dasselbe ein ganzes Vermögen umfaßt, d. h. sowohl das dem Verpfänder zur Zeit der Verpfändung bereits gehörige — gegenwärtige — als das künftige, löst sich die Frage vom Anfang des allgemeinen Pfandrechts in die für seinen Anfang am gegenwärtigen Vermögen, und die für den an solchen Sachen auf, welche Gegenstand des künftigen Vermögens sind. Die erste Frage findet in den vorher schon entwickelten Grundsätzen ihre Beantwortung, d. h. der Anfang fällt regelmäßig mit dem der Obligation zusammen. Nur die allgemeinen gesetzlichen Pfandrechte bedürfen hier einer besonderen Berücksichtigung im Einzelnen. Wir knüpfen diese hier sogleich an, um die Lehre vom Anfang des Pfandrechts an den künftigen Sachen, deren Grundsätze allen Arten der allgemeinen Pfandrechte gemeinschaftlich sind, später folgen zu lassen.

Für den Anfang der allgemeinen gesetzlichen Pfandrech-

---

1) C. un. §. 1. und §. 5. *de Caducis tollend.*

2) Fr. 54. *de A. vel O. hered.*

3) Arg. Fr. 9. §. 2. *Qui potiores.* Fr. 69. §. 1. Fr. 81. *de Legatis* I. Fr. 105. *de Condit. et demonstr.*

te am gegenwärtigen Vermögen kommt es darauf an, die Foderungen zu datiren, wofür sie haften.

I. A. Das Pfandrecht des Fiskus für die öffentlichen Abgaben fängt mit deren Auflage an, und ist sodann für deren Gegenstände im Voraus auf alle Zukunft und für alle künftige Steuerpflichtige begründet, es sei denn, daß es nicht sowohl diese als solche überhaupt, sondern als zu dem Vermögen einer bestimmten Person gehörig ergreift. Im letztern Fall (vgl. u. §. 65. 2. a. §. 66. 3. und §. 67.) kann das Pfandrecht daran nicht eher beginnen, als diese Person die Sache erworben hat.

B. Das am Vermögen seiner Contractsschuldner fängt mit dem Tage des Contractsabschlusses an [1]).

C. Der Anfang dessen am Vermögen seiner Verwalter ist nicht erst von da an zu datiren, wo diese seine Schuldner werden, sondern vom Tage des dienstcontractlichen Verhältnisses; denn damit besteht die Obligation, nur das debitum noch nicht.

II. Nicht so unbestritten, wie der bisherigen, steht der Anfang der aus ehelichen Verhältnissen entspringenden Pfandrechte fest. Namentlich ist:

A. der Anfang des Pfandrechts wegen zu bestellender Mitgift oder deren Entwährung am Vermögen dessen, der eine solche zu bestellen schuldig, für den, der sie zu fodern berechtigt ist, (s. o. S. 314.) theils verschieden, theils nur auf den Ehemann bezüglich [1]), und sonst gar nicht beantwortet worden. Gewöhnlich unterschied man hier so: sei das Heirathsgut vor vollzogener Ehe versprochen, so fange das Pfandrecht erst von Zeit der vollzogenen ehelichen Verbindung an; wenn nachher, von Zeit des Versprechens; sei dasselbe ohne Versprechen bereits gegeben, aber entwährt worden, von Zeit der Uebergabe. — Die erste Regel ist unrichtig; denn das Versprechen begründet die Obligation, welche freilich die Bedingung der Ehevollziehung zu ihrer Klagbarkeit voraussetzt, allein doch also nur zum Eintritt

---

1) S. Glück XIX. S. 66. C. 3. *de Privilegio Fisci.*
2) Glück XIX. S. 92.

des debitum, so daß sie rückwirkende Kraft ausübt, mithin ganz einfach die Grundsätze vom bedingten Versprechen zur Anwendung kommen. Auch kann die Ehevollziehung hier nicht etwa als Erfoderniß und mithin nicht als Bedingung, wenn auch nur stillschweigende betrachtet werden, weil ein Heirathsgut seinem Begriff nach nicht vor der Heirath gedacht werden könne, denn letztere ist bei dem Versprechen des erstern vor ihrer Vollziehung offenbar stillschweigend vorausgesetzt, und also nicht endliche Feststellung der Obligation, sondern deren Klagbarkeit, m. a. W. des debiti. Die Annahme des Gegentheils würde diesem Pfandrecht, welches handgreiflich aus einer auffallend starken Begünstigung der Ehe eingeführt ist, einen großen und sogar den wesentlichsten Theil seines Nutzens entziehen; denn man berücksichtige, wie leicht ein solches Versprechen erst die Veranlassung zu einer Heirath werden, und gerade in der Zeit, wo seine Erfüllung noch nicht gefodert werden kann, vom Versprecher solche Handlungen vorgenommen werden können, welche jenes vereiteln würden; der Betheiligte erhielte ja dawider nicht den geringsten Schutz? — Die zweite Regel ist als richtig anzuerkennen. Allein die dritte ist wiederum falsch; entweder nemlich besteht eine Verpflichtung ohne Versprechen, also eine gesetzliche, ein Heirathsgut zu bestellen; dann würde der dabei vorausgesetzte Fall mit dieser gleich zu beurtheilen sein (s. nachher); oder keine, d. h. die Bestellung der Mitgift ist einem Geschenk gleich zu achten, und zwar einem solchen, das nicht einem vorangehenden Vertrage folgt, sondern mit der Uebergabe selbst geschieht; dann findet aber gar keine Verpflichtung zur Leistung der Entwährung Statt[1]), aus dem einfachen Grunde, daß keine Obligation zur Bestellung der Mitgift bestand.

In den Fällen, wo eine gesetzliche Verpflichtung zur Ausstattung einer Frauensperson besteht (also gegen den Vater u. s. w. und nur für die Frau selbst, s. o. S. **315**.), muß der Anfang des Pfandrechts mit der Ehevollziehung

---

1) *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 443.

gleichgesetzt werden, und zwar darum, weil erst diese die Obligation zur Bestellung des Heirathsguts begründet.

B. Das Pfandrecht der Ehefrauen wegen des Heirathsguts, kann nach den Umständen verschieden anfangen. Als Regel für denselben ist — wenn kein Versprechen vorangegangen, — die Einzahlung derselben anzunehmen, weil erst mit dieser die Verpflichtung zur Rückzahlung anheben kann[1]); er kann also, z. B. für die Bräute, schon vor die Ehevollziehung fallen. Deshalb beginnt dann auch das Pfandrecht für die Vermehrung des Heirathsguts mit dieser selbst. Allein der Auszahlung wird das Versprechen der Mitgift, (und das Versprechen der Vermehrung dieser selbst,) welches auch erst während stehender Ehe geschehen kann, gleich gehalten [2]), und zwar, wie nach der Analogie wird geschlossen werden dürfen, auch das der Frau selbst [3]). Daß da, wo eine gesetzliche Verpflichtung zur Bestellung einer Mitgift besteht, diese das Versprechen dazu vertrete, so daß also das Pfandrecht schon vor der Einzahlung der Mitgift gleich mit der Heirath anfange, wie häufig gelehrt wird[4]), ist falsch, und beruhet wahrscheinlich auf dem schon oben (S. 314.) gerügten Irrthum, daß der Ehemann die Bestellung einer Mitgift fodern könne, wozu eine gesetzliche Verpflichtung besteht, während dies nur der Frau zusteht. Da nun derselbe nicht einmal ein Recht hat, die letztere zur Ausübung des ihr wider Die zuständigen Rechts zu nöthigen, von denen sie kraft gesetzlicher oder vertragsmäßiger Verpflichtung eine Mitgift fodern kann, sondern nur auf Auszahlung der wirklich von jenen erhaltenen[5]), so scheint es ziemlich klar auf der Hand zu liegen, daß ein Pfandrecht für die einstige Zurückgabe einer Summe von Seiten des Schuldners nicht eher anheben kann, als dieser durch deren Empfang dazu verpflichtet ist, oder wenigstens von da an, wo er durch die Zusage des Empfangs ein Recht er-

---

1) Nach Anleitung von C. 19. *de Donat. a. nupt.* C. ult. *de Pactis convent.* Gesterding S. 142.

2) Nach C. un. §. 1. *de Rei uxor. act.* s. *Gottschalk* Discept. for. T. I. p. 24.

3) Fr. 1. *Qui potiores.*

4) Wening S. 413.

5) *Mühlenbruck* l. l. §. 524.

hält, die Auszahlung zu verlangen. Daß aber das Versprechen den Ausschlag für den Anfang des Pfandrechts gebe, dafür spricht namentlich noch der Grund, daß, da es als dem Manne geschehen zu betrachten ist, er der Frau selbst wegen Saumseligkeit in der Erhebung haftet[1]).

Soweit für die Früchte von einem Heirathsgut ein Pfandrecht besteht, muß dieses mit deren Gewinn von Seiten des Ehemannes anheben.

Für das Paraphernalvermögen kann das Pfandrecht erst darum mit der Einzahlung eintreten[2]), weil es vorher an einem Obligationsverhältniß darüber zwischen Mann und Frau mangelt. Bei dieser Regel bleibt es selbst dann, wenn eine Uebergabe der Nominum vorangegangen ist; diese macht den Ehemann aber allerdings auf andere Weise der Frau verbindlich[3]).

Das Pfandrecht für die Schenkung wegen der Hochzeit nimmt mit deren Bestellung seinen Anfang[4]), da hierin die Obligation selbst besteht. Dasselbe gilt vom deutschen Leibgedinge; ist ein solches partikularrechtlich gegen Einlassung der Mitgift in die Wahl der Frau gestellt, so genießt es durchaus die Rechte der letztern. Die partikularrechtlichen Pfandrechte für die Morgengabe müssen von deren Bestellung anheben.

C. Der Anfang der Pfandrechte der Kinder an dem Vermögen des überlebenden Theils der Eltern wegen ihrer verschiedenen Foderungsrechte gestaltet sich so:

1. Der Anfang dessen für die mütterlichen Vermögenstheile und die von mütterlichen Ascendenten herrührenden, vom Vater verwaltet werdenden Güter beginnt mit der Verwaltung des Vaters, wozu er verpflichtet ist, als dem Anfang der Obligation, aus der er später verantwortlich werden (debitum entstehen) kann[5]).

1) S. Glück XIX. S. 122. Einen sehr übeln Gebrauch macht dieser aber dort von dem mißverstandenen Fr. 1. pr. *Qui potiores.*

2) C. 11. *de Pactis convent.* — ex quo pecunias ille exegit etc.

3) Hepp a. a. O. S. 272.

4) Glück a. a. O. S. 126.

5) C. 6. §. 4. *de Bonis quae lib.* Glück a. a. O. S. 130. Gesterding a. a. O. S. 124. Vgl. Bülow u. Hagemann Erörter. IV. S. 381.

2. Da die dem sich wiederverheirathenden Gatten aus des erstverstorbenen Vermögen zugefallenen lucra nuptialia, welche dadurch auf die Kinder übergehen sollen, ihm dennoch für den Fall verbleiben, daß er sie überlebt, die Kinder also eigentlich nur für den entgegengesetzten Fall das Eigenthum erst fest daran erwerben, so ist die Obligation zur Herausgabe eine bedingte und dadurch erklärt, weshalb das Pfandrecht schon von da anhebt, wo die betreffenden Sachen an den überlebenden Gatten gekommen sind[1]).

3. Der Anfang des Pfandrechts für die Kinder wegen derjenigen lucra, an denen ihnen unbedingt die Eigenheit nach dem Tode des einen Parens zufällt, am Vermögen des andern, für den mithin von da an schon die Verpflichtung zur einstigen Herausgabe anhebt, muß mit dem Todestage des Parens zusammenfallen.

4. Das Pfandrecht der Kinder am Vermögen des Stiefvaters, wegen geführter Vormundschaft der Mutter ist bisher allgemein vom Tage der Eingehung der Ehe an datirt worden[2]), bis neuerlich die Meinung ausgesprochen worden ist, daß auch die Zeit vor der Ehe schon mit in das Pfandrecht hineinzurechnen, also dieses vom Anfang der Obligation der Mutter an zu datiren sei. Man hat sich zu dem Ende auf den Satz in C. 2. §. 2. *Quando mulier* etc. berufen: Sed ne sit facilis in eas post tutelam jure susceptam irruptio, *bona ejus primitus*, qui tutelam gerentis affectaverit nuptias, in obligationem venire etc. Allein primitus wird hier fälschlich auf die Zeit bezogen, es heißt vorweg[3]), nemlich im Gegensatz zu secundair oder bürgschaftsweise, und so, daß die Einrede der Vorausklage Statt hätte. Der Anfang des Pfandrechts kann vielmehr nicht weiter zurückbezogen werden, als bis zum Hoch-

1) Ex eo die, quo eaedem res ad eam pervenerunt, liberis obligatis, C. 6. §. 2. *de Secund. nupt.* Erkennt man dieses Pfandrecht als für eine bedingte Obligation bestellt, so kommt man nicht in Versuchung (wie Hepp a. a. O. S. 270.) Ausnahmen vom Princip statuiren zu müssen.

2) Glück XIX. S. 139. Hepp S. 267. Nur Mayer hat sie angefochten.

3) S. die deutsche Uebersetzung des C. J.

zeittage, wenn gleich der Ehemann für früher entstandene Defecte u. s. w. haftet.

Die Unhaltbarkeit der entgegengesetzten Meinung erhellt handgreiflich daraus, daß, wenn das Pfandrecht früher anfangen sollte, beim Zusammentreffen anderer Pfandgläubiger des Mannes eine unauflösliche Verwirrung entstände, weil dann eines jeden Menschen Vermögen im voraus noch unbekannten Gläubigern für den Fall haften würde, daß er künftig etwa einmal eine Wittwe heirathen sollte, welche Mutter unmündiger Kinder ist.

III. Das Pfandrecht der unter Vormundschaft und Curatel stehenden Personen an dem Vermögen ihrer Vormünder u. s. w. — auch der Mutter als solcher[1]), — wegen der Verwaltung des ihrigen, fängt mit dem Augenblick der Uebernahme der Verpflichtung dazu an, als der Obligation, wofür jenes haftet.

IV. Der Anfang des Pfandrechts an dem Vermögen einer verwittweten Person, der vom Erblasser etwas unter der Bedingung hinterlassen worden, sich nicht wieder zu verheirathen, muß wegen der inzwischen schon bestehenden bedingten Obligation zur Herausgabe für die betheiligte Person sofort mit der Zeit anheben, wo sie den Gegenstand der künftigen Rückgabe erhalten hat.

V. Das Pfandrecht der Kirchen an dem Vermögen des Emphyteuta wegen Verschlechterung kann nicht auf den Augenblick des Vertrages bezogen werden, weil, wenn darin zwar auch die Hauptobligation liegt, dennoch die zum Ersatz von Beschädigungen als eine besondere zu betrachten ist, welche erst mit jenen zugleich eintritt[2]). —

Für die Beantwortung der Frage vom Anfange des Pfandrechts an künftigen Sachen ist, wenn gleich man für beide Arten derselben (s. §. 19.), d. h. sowohl die, quae quis habiturus est, als die, quae nondum sunt, futura tamen sunt, nur zwischen der Bestimmung für den Zeitpunkt, wo die Sache erworben wird, und dem der Ver-

---

1) Gesterding S. 145.
2) Diesen Beweis gegen Mayer führt Hepp a. a. O. S. 272.

pfändung schwanken kann, dennoch ein sehr wesentlicher Unterschied nach beiden vorhanden. Wir handeln

A. zuerst von den künftigen Sachen, quae quis habiturus est. — Mit Lebhaftigkeit ist von Alters her der Anfang des Pfandrechts an diesen besprochen worden, und das Resultat dieser Streitfrage, besonders wenn Mehreren daran bestellte Pfandrechte zusammentreffen, von größter Bedeutung; es fragt sich nemlich, ob die mehreren Pfandrechte am künftigen Vermögen, seien sie allgemeine, (mit dem am gegenwärtigen Vermögen verbundene,) oder besondere, gleichzeitig, d. h. mit dem künftigen Erwerb der Sachen, oder verschiedenzeitig, d. h. mit der Bestellung anfangen, und wie sich der Anfang des besondern Pfandrechts an einer einzelnen Sache dazu verhalte, — also, um jedes Mißverständniß zu vermeiden[1]), hat derjenige, dem ein allgemeines oder besonderes Pfandrecht an künftigen Sachen Jemandes zusteht, kraft desselben an den nach der Verpfändung erworbenen Sachen des Schuldners da, wo es blos auf das Alter ankommt, einen Vorzug vor Denen, welche später an denselben Sachen noch vor oder bei der Erwerbung ein allgemeines oder besonderes Pfandrecht erhalten haben, oder steht er mit letzteren in gleichem Range?

Da die künftigen Sachen im Augenblick der Entstehung oder der Bestellung des Pfandrechts an ihnen dem Verpfänder nicht gehören, so ist, um den Kreis des Streites enger zu ziehen, zunächst der Umstand zu berücksichtigen, ob jenes durch eine allgemeine oder eine besondere Verpfändung derselben entstanden ist. Im Fall der letztern ist weiter zu unterscheiden, ob das ganze künftige Vermögen ohne nähere Bestimmung, oder nur eine oder einige künftige Sachen, die jetzt noch dem Verpfänder nicht gehören, gemeint sind; dann ist in der That eine fremde Sache verpfändet. In der Lehre von der Verpfändung ist jedoch nicht auf jede fremde Sache der Begriff einer künftigen anwendbar, obwohl umgekehrt jede künftige Sache eine dem Verpfänder für den Au-

---

1) Vgl. Fritz a. a. O. S. 415.

genblick fremde ist. Danach gehören also die §. 16. unter Zahl 1. 2. und 4. aufgeführten Verpfändungsfälle hier nicht her, weil die in ihnen betheiligten Sachen nicht unter den Begriff der künftigen fallen; denn, wenn sie auch dem Verpfänder künftig gehörig werden sollten, so wird dadurch keine Aenderung für den Anfang des Pfandrechts an ihnen herbeigeführt. Seine Bestimmung bietet auch gar keine Schwierigkeiten dar. Denn bei erfolgender Genehmigung einer geschehenen Verpfändung seiner Sache durch den Eigenthümer (§. 16. 1.) ist das Zurückbeziehen auf die Zeit der Pfandbestellung ausdrücklich vorgeschrieben [1]). Ebenso muß das Pfandrecht, wenn der Eigenthümer bei einem dem Gläubiger gespielten Betruge durch wissentliches Geschehenlassen mitgewirkt hat, mit der Bestellung anfangen [2]). Wenn aber der Eigenthümer des Verpfänders Erbe wird (§. 16. 4.), so kann das durch seine Genehmigung (s. S. 91.) bestätigte Pfandrecht natürlich erst mit dieser beginnen.

Dagegen ist wirklich eine künftige Sache verpfändet (s. §. 16. 3.), wenn der Verpfänder nachmals Eigenthümer des Pfandes geworden ist. Allein auch dann noch ist zu unterscheiden, ob der Verpfänder ein Recht auf die Sache gehabt hat (res debita), oder nicht; im ersten Fall wird nach deren Erwerb der Anfang des Pfandrechts mit Sicherheit auf den Zeitpunkt seiner Entstehung und Bestellung zurückbezogen [3]). Mehrere Verpfändungen dieser Klasse ordnen sich nach dem Alter, und ebenso bei allgemeinen die darin mitbegriffene der Foderungsrechte, als mit jenen von gleicher Wirkung (s. o. S. 138 ff. 141.). — Es bleibt also der andere Fall, der der einfachen Verpfändung einer fremden

---

1) Fr. 16. §. 1. *de Pignoribus.* Natürlich ist die Genehmigung als allgemein und unbeschränkt zu verstehen, und eine Ausnahme muß dann angenommen werden, wenn dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend einen Anfangspunkt bestimmt. Dahin würde z. B. gehören, wenn der Eigenthümer vor Ertheilung seiner Einwilligung die Sache selbst schon einem Andern verpfändet hat, denn er kann dadurch nicht seinen eigenen Gläubiger beeinträchtigen; vgl. Gesterding S. 98.

2) Dafür spricht auch das potuisse in C. 2. *Si aliena res pignori* (s. o. S. 86.) unmittelbar.

3) Fr. 3. §. 1. *Qui potiores* (s. o. S. 87.), dazu Hepp Recens. S. 518.

Sache, worauf der Verpfänder kein Recht gehabt (für die jedoch der Begriff der künftigen eigentlich nicht paßt, s. S. **387**.), allein übrig, um mit zur Hauptuntersuchung gezogen zu werden, zu der[1]) nächst diesem die allgemeine Verpfändung eines ganzen Vermögens, insofern sie die künftigen Sachen begreift, die besondere am künftigen Vermögen, (mit Ausschluß des gegenwärtigen,) und die einer oder mehrerer fremden Sachen unter der Bedingung, wenn sie dem Verpfänder gehörig geworden sein würde, (si debitoris facta fuerit,) zu rechnen sind.

Schon die Glossatoren[2]) stellten die Meinung auf, daß die Pfandrechte an künftigen Sachen alle ohne Unterschied zu gleicher Zeit, mit deren Erwerbung, anfangen; Azo's widersprechende Meinung wurde verworfen. Dennoch wurde sie von Späteren wieder angenommen, und zuletzt huldigten ihr beinahe Alle, nur mit Ausnahme Einiger, so daß sie die gemeine ward, bis ihr von den Neueren Mehrere[3]) entgegentraten. Allein es blieben die Bedeutendsten[4]) der s. g. gemeinen bis jetzt getreu, und ließen nur die beim frühern Eigenthümer schon entstandenen Pfandrechte eine Ausnahme machen. Wir bekennen uns zur Ansicht der Glosse, und stellen die allgemeine Regel für die Pfandrechte an künftigen Sachen auf, daß sie ganz abgesehen von der Zeit der Bestellung oder Entstehung, und ohne allen Unterschied, ob sie allgemeine oder besondere sind, erst mit deren Erwerbung selbst anfangen, also alle zusammenfallen.

---

1) Eine andere Aufzählung s. bei Hepp in Roßhirt's Zeitschrift S. 336 f., welcher den Fall einfacher Verpfändung einer fremden Sache zwar auch ausnimmt, die übrigen oben genannten aber mit den Früchten und der res debita in Eine Klasse setzt, während ich für diese, gleich jener, das Pfandrecht vor der Erwerbung anfangen lasse.

2) S. Glossa zu Fr. 7. §. 1. *Qui potiores*. — Ueber die Streitfrage s. Gesterding a. a. O. S. 249 ff. Hepp Recens. S. 512 ff. Glück XIX. S. 232 ff. XVIII. S. 216.

3) Glück, Zimmern, Roßhirt, Gesterding. Hepp, s. d. S. 512. und ebendas. die Abweisung eines Versuchs von Vermehren im Archiv Bd. XIII. S. 29 ff. für die andere Meinung aus C. 7. *de Remiss. pign.* einen neuen Grund zu gewinnen.

4) z. B. Thibaut, Mühlenbruch l. l. §. 306. (12. a.) Wening a. a. O. Th. 1. S. 401. dazu Fritz a. a. O. S. 418.

Auszunehmen ist allein die einfach verpfändete fremde Sache, welche auch nur in einem gewissen Sinne eine künftige zu nennen (S. **384.**) und eigentlich eine gegenwärtige, nur ungültig verpfändete ist. (S. nachher unter **5.** u. **6.**) Als allgemeinen Grund für diese Meinung erkennen wir dabei den an, daß die Sachen als Pfänder nicht eher vorhanden sind, als sie dies durch die Thatsache der Erwerbung werden, auch zur Entstehung dieser Eigenschaft weder vorher eine natürliche Nothwendigkeit, wie bei Früchten (s. nachher unter B.), noch eine rechtliche Möglichkeit für den Verpfänder, sie mit rückwirkender Kraft zu erwerben, geschweige eine Verpflichtung seinerseits dazu vorhanden ist, sondern der Erwerb auf reiner Willkühr beruhet. Die Ausführung dieses Grundes wird sich mit der Widerlegung der für die entgegengesetzte Theorie vorgebrachten, sowie mit der Auslegung [1]) der gegenseitig aufgestellten und bekämpften Quellenzeugnisse verbinden [2]) lassen.

Niemand kann das Recht oder den Willen haben [3]), Andern gehörige Sachen, so lange sie dies sind, und er sie als solche anerkennt, zu verpfänden. Bei allgemeinen Verpfändungen, und der besondern des künftigen Vermögens sind sogar die Gegenstände unbestimmbar; es ist hier die stillschweigende Voraussetzung hinzuzudenken, wenn sie erworben worden sind, welche bei einzelnen Sachen ausdrücklich ausgesprochen werden muß, das geht aus der Gegeneinanderstellung von **Fr. 1.** pr. *de Pignoribus* (S. **88. 1.**) **Fr. 7. §. 1.** *Qui potiores* (s. u.) und **Fr. 16. §. 7.** *de Pignoribus* (S. **84.**) hervor, wo die Verpfändung der künftigen Güter im Allgemeinen mit der besondern Verpfändung einer fremden Sache unter der Hinzufügung, wenn sie dem Verpfänder eigenthümlich geworden sein werde, gleichgesetzt ist. Dagegen ist es irrig, wie manche Vertheidiger der

---

1) Die folgenden Stellen haben zum Theil eine sehr zahlreiche Literatur ihrer Erklärung; auf diese einzugehen ist unsere Absicht nicht, weil wir Falsches zu berichten hier keinen Raum haben, das Richtige aber sich kurz zeigen läßt.

2) Vergl. Hepp bei Roßhirt S. 339.

3) Hepp bei Roßhirt S. 343.

Glosse thun[1]), sich der letztern, welche auch ausdrücklich Bedingung genannt wird[2]), noch als Beweismittel insofern zu bedienen, daß man den Erwerb als von einer Potestativbedingung abhängig ansah, welche der Verpfänder zu erfüllen habe, und daraus zu schließen, daß deshalb das Pfandrecht daran nicht früher als mit der Erfüllung anfangen könne. Wir haben schon früher (s. o. S. **369** ff.) darauf aufmerksam gemacht, daß das römische Recht keine Bedingungen kenne, welche der Verpfänder zu erfüllen habe, und den falschen Gebrauch nachgewiesen, den man dabei von hierher gezogenen Beweisstellen (**Fr. 9. §. 1.** *Qui potiores* und **Fr. 11. §. 2.** *eod.*) gemacht hat. Die Bedingung bei der Verpfändung, si res debitoris facta fuerit[3]), ist ganz in demselben Sinn eine solche, wie die, wenn der Verpfänder künftig etwas schuldig werden sollte, d. h. nur eine so genannte Bedingung, die stillschweigend in der Bestellung des Pfandrechts an künftigen Sachen[4]) liegt, auch wenn sie gar nicht als Bedingung namhaft gemacht ist, und ein wesentliches Erfoderniß dazu ersetzt (vergl. o. S. **57. 139.** Anm. **1. 367. 370.**), mithin für die Gültigkeit selbst, nicht für den Anfang des Pfandrechts, von Bedeutung ist.

Die Stellen, worauf sich die entgegengesetzte Theorie beruft, lassen sich leicht beseitigen; es sind folgende:

1. Fr. 15. §. 1. *de Pignoribus.* — Quando dicitur, creditorem probare debere, quum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, quae quotidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae datis cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea acquisierit, perinde atque si specialiter hae res essent obligatae. (GAI. *l. l.*)

Diese Stelle[5]) handelt gar nicht vom Anfang des Pfandrechts, sondern von seiner Gültigkeit und der Zulässigkeit der

---

1) S. Hepp S. 513. und in Roßhirt's Zeitschrift S. 344.
2) Fr. 16. §. 7. *de Pignoribus.*
3) S. Roßhirt in s. Zeitschrift Bd. I. S. 26 f.
4) Nicht an einer einzelnen fremden Sache, s. S. 84. (1.) S. 139. (2.) S. 387.
5) Vergl. Roßhirt in s. Zeitschrift Bd. I. S. 24 f.

hypothekarischen Klage, die hier nicht gegen einen zusammentreffenden Gläubiger gedacht werden muß, sondern auch gegen einen Dritten gerichtet sein kann, und behandelt den Unterschied zwischen einer allgemeinen und besondern Pfandbestellung an künftigen (fremden) Sachen überhaupt. Nachdem sie gesagt: die Regel, daß der Gläubiger, welcher die hypothekarische Klage erhebt, beweisen müsse, das Pfand habe zur Zeit der Bestellung dem Schuldner gehört, ist nur auf den Fall eines besondern Pfandvertrages anwendbar, nicht bei einer allgemeinen Verpfändung, — und mithin zu dem Schluß berechtigt: „der Grund davon liegt darin, daß bei letzterm es gar nicht darauf ankommt, ob eine gewisse Sache zur Zeit einer solchen Verpfändung dem Verpfänder gehört, sondern ob sie dessen ungeachtet durch den erst nachherigen Erwerb wirklicher Gegenstand eines Pfandrechts wird", will sie nicht weiter schließen lassen: „mithin muß das Pfandrecht schon zur Zeit der Bestellung angefangen haben," sondern dadurch vielmehr zu erkennen geben: „es kann mithin auch auf das Erfoderniß jenes Beweises nichts ankommen, noch die Gültigkeit des Pfandrechts und die Begründung der hypothekarischen Klage davon abhängen."

2. Fr. 11. §. 3. *Qui potiores.* (s. o. S. **117.**) — Diese Stelle behandelt das Pfandrecht an künftigen Sachen der zweiten Art (quae futura sunt) allein, und gehört also nachher zu B.

3. Fr. 21. pr. *eod.* — Titius Sejae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habet, quaeque habiturus esset; postea mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Sejae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit; quaesitum est, an Seja praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisiit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda (SCAEV. **27.** *Dig.*). Bei der Benutzung dieser Stelle

für die hier bestrittene Ansicht, weil der Fiscus und Seja in den später erworbenen Gütern nicht concurriren, sondern Seja als ältere Gläubigerin den Vorzug haben sollte, ist mehrerlei außer Acht gelassen[1]); fürs erste handelt sie gar nicht eigentlich vom Anfang des Pfandrechts, sondern vom Einfluß einer Novation auf eine bestehende Hypothek[2]). Sodann aber ist ja nicht gesagt, daß dem Fiscus das künftige Vermögen verpfändet sei[3]), denn das bedeutet doch res suae omnes[4]) nicht, und daß es ihm damals noch nicht gesetzlich gehaftet habe[5]), beweist die ausdrücklich geschehene Verpfändung, es fand also darüber gar keine Collision Statt[6]).

4. C. 6. §. 2. *de Secundis nuptiis* (s. o. S. **111**). Diese Stelle wird darum für sehr wichtig gehalten, weil hier gesagt sei, das Pfandrecht solle das gegenwärtige und künftige Vermögen der Mutter zum Gegenstande haben für die ante nuptias donatio und für die res aliae ad eam ex mariti substantia devolutae, und datiren ex eo die, quo eaedem res ad eam pervenerint, — und da eaedem res offenbar auf die unmittelbar vorhergehenden lucra nuptialia sich beziehe, und nirgends ein Unterschied dabei zwischen dem bereits erworbenen und künftig erst zu erwerbenden Vermögen gemacht sei, so sei hier eine Anwendung des Satzes sichtlich, daß das Pfandrecht von Zeit der Bestellung und der Entstehung anhebe[7]). — Allein eaedem res ist nicht auf die unmittelbar vorher genannten aliae res zu beziehen, sondern auf die maritales facultates, von denen zu Anfang

---

1) Gesterding S. 270 ff. Hepp a. a. O. S. 519 f. u. 523 f. Ders. bei Roßhirt S. 358. *Donell.* p. 524.

2) *Noodt* ad Dig. Tit. *de pign.* §. Nunc videndum, ist in der Erklärung dieser Stelle darum irrig, weil er die Pfandbestellung an bonis futuris für eine bedingte hält.

3) Glück a. a. O. XVIII. S. 215. (45.)

4) Diese Ausdehnung ist dem Begriff res suae omnes vielmehr erst durch Justinian C. 9. *Quae res pignori* beigelegt worden, s. oben S. 278. (1).

5) Fritz a. a. O. S. 417. nimmt dies fälschlich an, und geht daher bei seiner Erklärung dieser Stelle im entgegengesetzten Sinn gleich von einem falschen Gesichtspunkt aus. S. übr. Hepp S. 520. — Vergl. noch Roßhirt in seiner Zeitschrift Bd. I. S. 23 f.

6) Im Zusammenhalt mit dieser Stelle wird auch noch dem Fr. 28. *de Jure Fisci* ein wichtiger Platz angewiesen, und daraus ein Beweis für die hier bestrittene Lehre genommen. Wir sprechen davon passender unten §. 65.

7) Fritz S. 418.

die Rede gewesen, diese sollen ex eo die haften, quo ad eam pervenerunt. Diese Beziehung der letzteren Worte ist offenbar die einzige, dem Sinn angemessene, so daß also nicht die hae, quae habet habiturave est, gemeint sind, sondern der Anfang des Pfandrechts an diesen unberührt bleibt, und nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu beurtheilen ist. Denn dieser letztern wird nur beiläufig als überhaupt mitverpfändet gedacht, während der Anfang des Pfandrechts für die Kinder und dessen Vorrang nur auf die maritales facultates, quae ad matrem pervenerunt, bezogen und dafür festgesetzt wird. Der Grund dieses Zurückbeziehens des künftigen Pfandrechts — welches erst durch die zweite Heirath herbeigeführt wird — ist der, daß das Eigenthum an den lucris nuptialibus stillschweigend unter der Bedingung, sich nicht wieder zu verheirathen, der Mutter übertragen, also den Kindern rückwärts gerechnet zugefallen erscheint. Mithin hat jene Stelle gar keine bestimmte Hindeutung auf den Anfang des Pfandrechts an künftigen Gütern der Frau. Falsch dagegen ist es[1]), die lucra nuptialia als Pfandgegenstände zu verstehen, und ebenso falsch, den Kindern deren Foderung mit der Eigenthumsklage als auswahlsweise[2]) zuständig zu betrachten, und sich dazu auf die Worte in vindicandis iisdem suppositis rebus zu berufen, wie schon oben S. **112**. (s. auch S. **334**. [1]).) nachgewiesen worden ist. Zur Vermeidung weiterer Irrungen dieser so vielfach mißverstandenen und verkannten Stelle, welche nur in einer falschen Uebersetzung ihren Grund finden, mag hier die richtige, zur Verdeutlichung hin und wieder umschriebene folgen:

Omnibus videlicet iisdem maritalibus facultatibus, his etiam quae habet habiturave est, tanquam si jure pignoris vel	Alle diese [im vorigen §. dieser Constitution genannten beweglichen taxweise der Frau überlassenen] aus des Ehemanns Vermögen herrühren-

1) S. Hepps Recension S. 516., der die Stelle für die künftigen Güter sonst richtig beurtheilt.
2) Diese steht ihnen vielmehr darauf allein zu.

hypothecae suppositae sint, super eadem ante nuptias donatione, vel rebus aliis ad eam ex mariti substantia devolutis ex eo die, quo eaedem res ad eam pervenerunt, liberis obligatis, ut si quis post traditas matri vel detentas ab ea res, si ita contigerit, contractum aliquem cum eadem muliere inierit, quae se repetitis nuptiis copulaverit, in vindicandis iisdem suppositis rebus posteriores habeantur liberis, qui ex eodem matrimonio procreati sunt et nepotibus neptibusque, qui ex iisdem liberis geniti sunt, sine dubio praeponendis.

den Sachen, dazu auch noch das [übrige] gesammte gegenwärtige und künftige Vermögen der Frau, sollen nun, wie wenn sie zum Pfande oder zur Hypothek [ausdrücklich] eingesetzt wären, für die Schenkung vor der Hochzeit oder andere aus des Mannes Vermögen [z. B. letztwillig] ihr zugefallene Gegenstände von dem Tage an, wo obgedachte Sachen an sie gelangt sind, den Kindern verhaftet sein; dergestalt, daß wenn Jemand, nachdem der Mutter diese Sachen übergeben, oder auch nach Gelegenheit von ihr gleich innebehalten worden [1]), mit sothaner Frauensperson einen Contract abgeschlossen, welche sich anderweit verheirathet, [und solche zum Unterpfande erhalten hat,] er in Betreff der hypothekarischen Klage auf die Pfandgegenstände nachstehen, und die aus der frühern Ehe abstammenden Kinder, sowie die von diesen Kindern entsprossenen Enkel, zweifelsohne den Vortritt erhalten sollen.

Wir haben hierbei noch zweierlei zu bemerken. Wenn nemlich ein Gefühl, welchem allein die auf einer Vertrautheit

1) Hierin liegt namentlich eine unverkennbare Hindeutung auf dieselben mit den nemlichen Worten in §. 1. von Vel certe etc. an erwähnten Sachen.

mit dem Geist der Sprache beruhende Ansicht zum Grunde liegt, und welche wegen ihrer Individualität weder mit äußern Gründen sich bekämpfen läßt, noch auf solche sich stützt, die in den Worten: ex eo die, quo eaedem res ad eam pervenerunt, gemeinten Gegenstände nicht mit uns als die Eingangs des §. genannten omnes eaedem maritales facultates verstehen, (obschon die unmittelbar darauf folgenden Worte: post traditas matri vel detentas ab ea res, beinahe unleugbar auf die gedachten mobiles res zeigen, und das *post* also das geschehene pervenire ad eam als von diesen Sachen zu verstehen näher rückt,) vielmehr die unmittelbar vorhergehenden Sachen, d. h. die ante nuptias donatio und alias res ad eam — devolutas gemeint wissen wollte, so würde dadurch dennoch im negativen Theile des vorher entwickelten Resultats, welcher der wesentlichste ist, d. h. daß durch die fragliche Stelle der Satz: „das Pfandrecht an künftigen Sachen fängt mit der Zeit seiner Bestellung an," keine Unterstützung erhalte, nicht die allergeringste Aenderung entstehen. Denn der Anfang des Pfandrechts an künftigen Sachen ist dessen ungeachtet gar nicht darin berührt, sondern es würde dann nur so heißen: Die §. 1. gemeinten beweglichen Sachen sollen unterpfandweise für die lucra nuptialia von da an haften, wo die letzteren an die Frau gekommen sind. Bei dieser wie bei jener Auslegung versteht sich übrigens, daß die gedachten beweglichen Sachen früher an die Frau gekommen sein müssen, als die übrigen lucra; denn es könnte sonst nicht von ihnen als solchen schon vorhandenen die Rede sein, sondern sie könnten nur als bedingte (si debit. f. f.) oder künftige Vermögensstücke angesehen werden; allein jene kommen bei gesetzlichen Pfandrechten nicht vor, und diesen sind sie ja ausdrücklich entgegengesetzt.

Zweitens aber hat man bisher [1]) fälschlich die andern Pfandgläubiger, welche mit den Kindern als zusammentreffend gedacht sind, für ältere gehalten, so daß also hier ein Vorzugsrecht angeordnet wäre. Der ganze Satz, von ut si

---

1) Wie Hepp S. 576. thut.

an, ist eigentlich überflüssig und würde sich von selbst verstehen.

Daß nemlich diese Pfandgläubiger jünger seien, liegt ja klar in den Worten: si quis *post* traditas matri vel detentas ab ea res u. s. w., während das Pfandrecht der Kinder ex eo die, quo eaedem res ad eam pervenerunt, beginnen soll. Dagegen läßt sich gar nicht bezweifeln, (was übrigens hier nicht berührt ist,) daß früher gültig entstandene Pfandrechte dem der Kinder vorgehen. Aus der Zusammenstellung der zweiten mit der ersten Hälfte der Stelle und deren §. **1.** geht übrigens recht deutlich hervor, daß der Entstehung der Pfandrechte der Kinder wie der andern Gläubiger erst bei und nach der durch die beabsichtigte anderweite Verheirathung der Mutter herbeigeführten Regulirung der väterlichen Verlassenschaft gedacht werde. Die beweglichen Sachen, welche aus des Mannes Vermögen an die Frau gelangt sind, soll sie nach §. **1.** verpfänden und verkaufen dürfen, sobald sie dafür Sicherheit gestellt hat. Vom Einen wie vom Andern kann natürlich erst nach des Mannes Tode die Rede sein; mithin ist dann die Schenkung wegen der Hochzeit schon längst geschehen. Welche Sachen nun gemeint seien, von deren Gelangung an die Frau das Pfandrecht an jenen beginnen solle, wird hiernach eben so sehr außer allen Zweifel gesetzt, wie daß die Frau die betheiligten Sachen nicht eher an Dritte verpfänden könne, als sie ihr durch taxweise Annahme zugefallen sind, und sie dadurch zur Veräußerung nach §. **1.** ein Recht erlangt hat, und daß mit der Gelangung an sie das Pfandrecht der Kinder entstehe. — Wollen wir nun endlich, um keine Möglichkeit der Gestaltung der Dinge bei Erklärung dieser Stelle außer Acht zu lassen, annehmen, die Frau habe schon vorher dem Dritten diese Sachen gültig für den Fall der Erwerbung verpfändet, — z. B. durch eine allgemeine oder besondere Verpfändung der künftigen Sachen, — so kann die Entscheidung nach allgemeinen Grundsätzen nur dahin ausfallen, daß der Anfang dieses Pfandrechts mit dem der Kinder zusammenfalle; denn das letztere soll nur dann vorgehen, wenn jenes nach Annahme der beweglichen Sachen bestellt ist, so daß also lediglich das Alter

entscheidet. Die Kinder werden übrigens dadurch nicht beeinträchtigt, da sie die bestellte Sicherheit (s. S. 112.) für sich haben. Darum ist ja auch der Mutter die Verpfändung und der Verkauf derselben ausdrücklich gestattet. So viel über C. 6. *de Secundis nupt.*

5. Fr. 9. §. 3. *Qui potiores* etc. (s. oben S. 89.). Diese Stelle ist bereits oben erklärt worden. Mit Recht ist schon früher auf den Unterschied [1]) zwischen der Verpfändung einer künftigen und einer fremden Sache aufmerksam gemacht. An der letztern entsteht (s. §. 16. 3. B.) nur ein sehr unsicheres und an eine bestimmte Zeit gebundenes Pfandrecht, während das an einer künftigen einen absoluten rechtlichen Character hat. Jenes wird dagegen zwar nur durch die Billigkeit bestätigt, oder anerkannt, allein dessen ungeachtet ist es dem gewöhnlichen einfachen Pfandrechte an einer dem Verpfänder gehörigen nachgeahmt, und somit geht das der Zeit nach früher bestellte dem später bestellten vor. Dazu nöthigt ja auch die Aufrechterhaltung der Vertragsverhältnisse zwischen den Contrahenten, so daß, der Verpfändung einer anerkannt fremden Sache ungeachtet, wider den Verpfänder und seine Erben die hypothekarische Klage Statt findet (s. o. S. 96. Anm. 4.). Ganz dasselbe sagt

6. Fr. 14. *Qui potiores* etc. [2]). — Si nondominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis si a diversis nondominis pignus accipiamus, possessor melior erit. (PAUL. 14. *ad Plaut.*). Allein in dieser ist nicht einmal gesagt, daß der Nichteigenthümer die Sache nachmals erworben habe [3]), ein klarer Beweis, daß die Beobachtung der Vertragsverhältnisse unter den Contrahenten hier analogisch zwischen ihnen die Folgen eines gültigen Pfandrechts nach sich ziehe, ein solcher Fall ist aber natürlich nicht geeignet, auf die Gestaltungen eines eigenthümlichen aber absolut gültigen

1) S. Hepp a. a. O. S. 517. und bei Roßhirt S. 368.

2) Dieses wird von der entgegengesetzten Meinung nicht einmal zu diesem Zweck angeführt und ist ziemlich unbeachtet geblieben; nur Unterholzner hat es benutzt (jur. Abh. II. S. 74 ff.); s. Glück XIX. S. 242.

3) S. Glück a. a. O. S. 245.

Pfandrechts Rückschlüsse machen zu lassen, weil dort gar keine Rechtsgrundsätze, sondern Billigkeitsmaaßregeln zur Anwendung kommen. — Für beide Stellen ist endlich zu beachten, daß sie gar nicht des Umstandes erwähnen, ob die Sache als eine künftige verpfändet, oder ob sie im Besitz des Verpfänders gewesen sei. Letztern Falls wäre ja nur eine gegenwärtige Sache, aber ungültig, Gegenstand des Pfandvertrages gewesen.

7. Fr. 3. §. 1. *Qui potiores* etc. (s. oben S. 87.). Dieses ist schon vorher da genannt, wo wir die Verpfändung einer res debita als zu der künftiger Sachen nicht gehörig bezeichneten (s. S. 386.); denn da, auch wenn einfach eine solche verpfändet wird, dennoch das Nomen darauf mitverpfändet ist, so muß das Pfandrecht daran bei nachmaliger Erwerbung zur Zeit der Bestellung anfangen (vgl. o. S. 138 ff.). Hier gedenken wir seiner nur, um den Fall der mehrmaligen Verpfändung einer res debita, d. h. vor deren wirklichem Erwerb, zu berühren, welcher in jener Stelle nicht entschieden ist; denn sie setzt die zweite Verpfändung als nach der Uebergabe der Sache an den Verpfänder geschehen voraus. Es ist nemlich Streit darüber [1]), ob diese beiden Pfandrechte zu gleicher Zeit anfangen, d. h. mit der Erwerbung, mit dem Augenblick der Uebergabe, oder mit ihrer Bestellung. Wenn aber die in jener Stelle dem Gläubiger vor der Erwerbung geschehene Verpfändung selbst von denen, welche hier den gleichzeitigen Anfang wollen, als mit der Bestellung sofort gültig anhebend erklärt wird, so ist warlich nicht zu begreifen [2]), warum diese nicht auch zwischen mehreren verschiedenzeitig vor der Erwerbung der res debita entstandenen Pfandrechten den Ausschlag geben sollte? — Wir sind der weitern Untersuchung durch die über das Wesen der verpfändeten res debita, und durch das gewonnene Resultat, daß sie dem ver-

---

1) Zwischen Gesterding S. 258. u. Hepp S. 519. u. bei Roßhirt S. 348 ff.; letzterer hat hier Unrecht.

2) S. Mackeldey in den Heidelberger Jahrb. 1817. S. 629.

pfändeten Nomen ihrer rechtlichen Natur nach gleichstehe, überhoben [1]).

Wir gelangen nun [2]) zur Erläuterung derjenigen Stelle, auf welche sich die hier vertheidigte Meinung vom Anfang des Pfandrechts unmittelbar stützt.

Fr. 7. §. 1. *Qui potiores* etc.

> Si tibi, quae habiturus sum obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum perveniret, mox dominium ejus adquisiero: putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem in pignore. Non enim multum facit, quod de suo numos debitor dederit, quippe cum res ex numis pigneratis emta non sit pignerata ob hoc solum, quod pecunia pignerata erat (ULP. 3. *Disp.*)

Es ist in der That zu bewundern, daß man das ganze Gewicht dieser Stelle, welches freilich an sich nicht zu verkennen war, mit der alten nicht nur ganz willkührlichen [3]), sondern durchaus falschen [4]) Annahme noch jetzt zu beseitigen sucht [5]), daß sie nicht verschiedenzeitige Verpfändung voraussetze, sondern gleichzeitige anzunehmen gestatte. Daß das allgemeine Pfandrecht älter sei, beweist die letzte Hälfte der Stelle fast unumstößlich; das Geld nemlich, womit das Landgut gekauft und wodurch das Pfandrecht des besondern Pfandgläubigers in's Dasein gerufen ward, wird ja als dem Gläubi-

---

1) Hepp in Roßhirt's Zeitschrift a. a. O. kommt durch die falsche Ansicht zum entgegengesetzten Resultat, daß das Pfandrecht am Nomen von dem an der nachmals erworbenen Sache verschieden sei, wovon das erstere dann aufhöre, wenn das zweite anfange; während doch nur der Gegenstand eine Veränderung seiner Beschaffenheit in rechtlicher Hinsicht erleidet, wie wir oben S. 153. bei der s. g. Verwandlung des Pfandes nachgewiesen haben.

2) Ganz irrig wird den vorherigen Stellen noch C. 7. *Qui potiores* von Wening Th. I. §. 164. k. (Fr. 28. *de Jure fisci* u. Fr. 34. §. 2. *de Pignoribus* werden unten §. 65. und §. 50. a. E. berücksichtigt werden,) beigezählt; sie handelt von einem bevorzugten Pfandrecht.

3) S. *Fr. Mars.* **Gordonius** Praetermissa Jur. civ. Cap. 18. (Th. Ott. II. 890.) Vergl. Glück XIX. 242.

4) S. Hepp a. a. O. S. 514. und Archiv Bd. X. S. 306 ff.

5) Fritz a. a. O. S. 417.

ger, der das allgemeine Pfandrecht hatte, bereits mitverpfändet genannt! Das war doch aber eben das einzige Bedenken, welches zu Gunsten des letztern für einen Vorzug desselben am Pfande hätte sprechen können. Wären beide Pfandrechte zu gleicher Zeit bestellt gewesen (s. u. §. 49.), wie hätte da überhaupt Frage entstehen können, ob einer dem andern vorgehe, sie hätten ja dann nach Maaßgabe ihrer Foderungen am Pfandgegenstande zu gleichen Rechten Theil gehabt? — Wollte man hiergegen einwenden [1]), daß ja die Hauptfrage nur darauf gehe, ob nicht der Umstand, daß später das Grundstück mit den im allgemeinen Pfandrecht bereits mitverpfändeten Geldern erworben werde, ein Vorzugsrecht gewähre, und somit allerdings noch gleichzeitige Verpfändung denkbar bleibe, so würde gerade in dieser (verneinten) Frage das Zugeständniß liegen, daß das allgemeine Pfandrecht an künftigen Sachen in der Regel erst mit deren Erwerbung anfange; denn der als Grund zur Frage angegebene Umstand wäre dann als ein solcher gedacht, welcher etwa eine Ausnahme begründen könnte [2]).

B. In Betracht, daß eine Verpfändung künftiger Sachen der zweiten Art, quae nondum sunt, futura tamen sunt, überhaupt zulässig ist (s. o. §. 19.), und welche Sachen dazu gehören, ist darin zugleich der Anfang des Pfandrechts an ihnen angedeutet, so daß man nach Analogie von **Fr. 8.** *de Contrah. emt.* — Fructus et partus futuri recte emuntur, ut cum editus est partus, jam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur, — zu dem Schluß berechtigt ist, daß das Pfandrecht für sie mit der Zeit der Bestellung anfange. Manche haben zwar in der Verpfändung die stillschweigende Bedingung, si nascantur, gefunden [3]), oder unterscheiden zwischen fructibus

---

1) S. Hepp S. 515.

2) Hepp bei Roßhirt S. 354. bemüht sich auch zu beweisen, daß selbst, wenn man gleichzeitige Bestellung annehme, doch das Resultat kein anderes sein könne. Dies bleibt dahingestellt, da wir glauben die Nothwendigkeit einer verschiedenzeitigen Bestellung dargethan zu haben.

3) S. Gesterding S. 87. u. Hepp Recension S. 495. Archiv Bd. X. S. 299 ff. u. bei Roßhirt S. 346.

pendentibus, da diese der Eigenthümer bereits erworben habe, für welche sie allein den Anfang des Pfandrechts mit seiner Bestellung zusammenfallen lassen, während außerdem das Pfandrecht erst mit der Entstehung der Früchte, und zwar beim Verpfänder, oder gar erst mit der Trennung vom Boden [1]) beginnen, bei inzwischen und zuvor geschehener Veräußerung aber dieselben gar nicht ergreifen soll [2]). Allein die Bedingung si nascantur ist ganz in demselben Sinn eine solche, wie die, si res debitoris facta fuerit für die künftigen Sachen, d. h. ein nothwendiges, sich von selbst verstehendes Erfoderniß, welches in der Natur der Sache liegt [3]). Darum kann ja auch von keiner rückwirkenden Kraft dieser Bedingung die Rede sein! Sodann aber hat man bei der gedachten Unterscheidung, Beschränkung und Anfangsbestimmung theils einen falschen Begriff von den künftigen Sachen dieser Art vor Augen gehabt, theils beim dunkeln Gefühl des richtigen die beiden wesentlich verschiedenen Fragen verwechselt: 1) wann an ausdrücklich oder dergestalt mit der fruchttragenden Sache verpfändeten Früchten, daß für sie der Begriff der nondum existentia sed futura eintritt, das Pfandrecht anfange; und 2) inwiefern ein Pfandrecht an einer fruchttragenden Sache die Früchte überhaupt als Zubehör ergreife; mit andern Worten, man hat den Unterschied, wo nicht verkannt, doch nicht ausgesprochen, daß Früchte nach Verschiedenheit der Umstände sowohl zu den rebus futuris quae habiturus sum, als zu denen quae nondum sunt futura tamen sunt, gehören können; und zwar gehören sie zu den ersteren auch dann, wenn z. B. die zu erwartenden Erndten mehrere Jahre im Voraus verpfändet sind [4]). Von diesen kann nun bei inzwischen geschehener Veräußerung des fruchttragenden Gegenstandes allerdings gesagt werden, daß sie niemals dem

---

1) R. Roßhirt in s. Zeitschrift B. I. S. 21.

2) Man beruft sich dabei auf Fr. 1. §. 2. u. 29. §. 1. *de Pignoribus*, hat aber dabei übersehen, daß diese Stellen nur vom Anfang des Pfandrechts sprechen, sie werden §. 50. ihre Erklärung finden.

3) S. Roßhirt in s. Zeitschrift Bd. I. S. 19. (37.)

4) Dahin gehört der Fall Fr. 1. §. 2. *de Pignoribus*.

Schuldner gehörig gewesen seien [1]), obwohl sie in anderer Beziehung, d. h. die noch vorhandenen als Zubehör einer Hauptsache, pfandweise auch beim dritten Eigenthümer haften können (s. u. §. 50.). Dagegen verhält es sich mit den bereits im Werden begriffenen gerade umgekehrt. Vermöge ihrer physischen Verbindung mit der fruchttragenden Sache, gehören sie dem Eigenthümer derselben (s. o. S. 295), und wenn sie auch erst im Keimen begriffen sind (punctum saliens beim foetus pecorum), so ist doch schon der Grund gelegt, aus dem ihr künftiges individuelles Dasein als natürliche Nothwendigkeit erscheint. Hiernach ist nun ein großer Unterschied für den Anfang des Pfandrechts an solchen und andern, künftigen, Früchten vorhanden. Sollen jene unter den genannten fructus *pendentes* verstanden werden [2]), so ist die obgedachte Unterscheidung (S. 399.) richtig; der Anfang des Pfandrechts beginnt mit der Bestellung an diesen als solchen, und es ist dabei einerlei, ob die fruchttragende Sache inzwischen, d. h. bevor es so weit gediehen, daß jene dem Gange der Dinge nach abgesondert werden können, und es wirklich geworden sind, auf einen Andern übertragen worden ist, denn die Früchte haften dann als Theil der Sache [3]) selbst, und sie kann nur mit dieser Verpflichtung auf den neuen Erwerber übergehen. Diese Früchte stehen also, wenn die übrigen fernerweiten, wie wir gezeigt haben, zu den rebus futuris im gemeinen Begriff derselben gehören, im Anfang des Pfandrechts an ihnen denjenigen rebus futuris gleich, welche res debitae sind.

Für die zu den rebus futuris quae quis habiturus est zu zählenden Früchte scheint jedoch vermöge ihrer physischen Natur der Zeitpunkt der Erwerbung und also des Pfandrechts nicht erst mit der künftigen Aberndtung anzufangen, sondern in dem Augenblick, wo der Eigenthümer sie als res

---

1) Fr 1. §. 2. *d.*

2) Sonst bezeichnen diese nur die Feldfrüchte, Obst u. s. w., nicht foetus pecorum, s. Fr. 15. pr. *de Pignoribus* (S. 117.) *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 227.

3) Fr. 44. *de R. V.* (s. o. S. 295.)

futuras der zweiten Art würde verpfänden können, weil dann die Bildung der natürlichen Nothwendigkeit beginnt, kraft deren etwas existent wird, das sein Eigenthum wirklich vermehrt.

§. 45.

Vom Anfang der übrigen nothwendigen und des letztwilligen Pfandrechts.

I. Der Anfang des prätorischen Pfandrechts fällt mit der Besitzergreifung zusammen. Das dazu erfoderliche Dekret des Richters führt also nicht schon den Anfang des Pfandrechts, sondern nur die Befugniß herbei, sich dasselbe zu verschaffen [1]).

II. Das richterliche Pfandrecht beginnt bei Grundstücken gleichfalls erst mit dem Gelangen in den Besitz durch richterliche Einweisung, bei beweglichen Sachen mit der Abpfändung; doch findet zwischen diesem und jenem der Unterschied in Ansehung des Anfangs und seiner wesentlichsten Folgen Statt, daß die mehreren Gläubiger, welche verschiedenzeitig ein prätorisches Pfandrecht erhalten haben, nur gegen andere Gläubiger nach dem Alter rangiren, untereinander aber gleichstehen; für mehrere richterliche aber entscheidet die Zeit der Hülfsvollstreckung als Anfangspunkt [2]).

III. Der Anfang eines letztwilligen Pfandrechts an Sachen des Testators muß nach geschehener, zur Annahme desselben erfoderlichen, Erklärung des Gläubigers rückwärts auf den Todestag des Testators gesetzt werden; denn entgegengesetzten Falls würde der Erbe durch willkührliche Handlungen bis zur Abgabe jener Erklärung den Willen des Testators vereiteln können. Eine weitere Rückbeziehung wird dadurch ausgeschlossen, daß der Wille des Testators erst mit seinem Ableben als endlich festgestellt erscheint, und außerdem auch beim Zusammentreffen mit andern von ihm noch

1) Fr. 26. §. 1. *de P. A.* (S. 348. (1). *Donell.* l. l. p. 460 sq.

2) Vgl. Glück XVIII. S. 276. oben S. 349.

bei seinen Lebzeiten getroffenen Pfandbestellungen gefahrdrohende Verwirrungen eintreten würden.

Für das Pfandrecht an Sachen des Erben u. s. w. kann, weil dazu eine Uebereinkunft des betheiligten Eigenthümers nothwendig ist, gleichwie für das, welches er letztwilliger Anordnung nach bestellen soll, der Anfang erst mit dem Pfandvertrage selbst beginnen. — Es versteht sich jedoch, daß das Pfandrecht in der Beschaffenheit bestellt werden muß, wie dies vom Testator beabsichtigt erscheint, widrigenfalls ein Anspruch auf das Interesse begründet ist.

Siebenter Abschnitt.

Von der
Erwerbung bestehender Pfandrechte.

---

§. 46.

Allgemeine Uebersicht, — unmittelbare Erwerbung.

Die Erwerbung eines schon bestehenden Pfandrechts ist mit der Nachfolge in eines Pfandgläubigers Stelle gleichbedeutend [1]), so daß also der Erwerber der Hauptfoderung mit dem dazu gehörigen Pfandrechte auch allemal das etwa damit verbundene Vorzugsrecht erhält, und seines Auctors Rang einnimmt [2]). Es ist jedoch hier nicht die Erwerbung durch Gesammtnachfolge in Jemandes Vermögen gemeint, sondern nur die durch besondern Titel; ebensowenig die Nachfolge in ein solches Pfandrecht, welches für dieselbe Person bereits besteht, wie durch Novation der Hauptfoderung, obschon auch diese als eine Nachfolge ausdrücklich bezeichnet [3]), und hin und wieder danach unterschieden wird [4]), diese kommt vielmehr bei der Aufhebung des Pfandrechts in Betracht, nemlich in negativer Hinsicht. Ein allgemeiner Grund für die hypothekarische Nachfolge läßt sich nicht angeben, und falsch ist es, wie oft geschieht, die Abfindung eines Pfandgläubigers mit dem Gelde Dessen, der ihm nachfolgen soll,

---

1) S. Linde Zeitschrift Bd. V. S. 290. C. 2. *de His qui in priorum.*

2) Ich folge hierin Mühlenbruch, Cession §. 56. (neue Aufl.). Es giebt davon nur eine Ausnahme nach Fr. 42. *de Administrat. et periculo tut.*; wenn der ehemalige Pflegbefohlene seinem Vormunde, der für den Mitvormund zahlen muß, die Foderung wider diesen abtritt, dann geht das Privilegium, d. h. das Pfandrecht, nicht über (Mühlenbruch S. 572.).

3) Fr. 3. pr. *Qui potiores* Fr. 12. §. 5. *eod.*

4) *Mühlenbruch* l. l. §. 324. pr.

als solchen zu betrachten[1]); bald ist es der Vertrag und ausdrückliche Bedingung[2]), welche jedoch hin und wieder[3]) stillschweigend angenommen werden, so daß deren Folgen die Abfindung selbst herbeiführt (s. §. 47.), bald nur die Billigkeit neben positiver Rechtsvorschrift.

Die hypothekarische Nachfolge kann auf mehrfache Weise geschehen, welche sich unter zwei Hauptformen bringen läßt: die eine durch vorzugsweise Verhandlung mit dem Gläubiger, die andere durch eine solche mit dem Schuldner.

I. Die erste, auch unmittelbare genannt[4]), kann wiederum sowohl mit als ohne Willen des Gläubigers geschehen.

1) Zu jener Klasse gehört: a. die Uebertragung und Abtretung der Hauptfoderung, wofür die Hypothek besteht, gleichviel durch welchen besondern Titel der Erwerbung sie geschieht, sei es durch Cession, Angabe an Zahlungs Statt, Tausch, Schenkung, Vermächtniß[5]), oder einen andern[6]). Mit der Hauptfoderung geht auf den neuen Gläubiger auch das Pfandrecht ohne besondere Abtretung als analoge Klage über[7]), so daß derselbe in den gesammten Umfang des Fo-

---

1) Fr. 1. pr. *Quibus modis pignus.* — Debitoris absentis amicus negotia gessit, et pignora citra emtionem pecunia sua liberavit, jus pristinum domino restitutum videtur. Igitur qui negotium gessit, utilem Servianam dari sibi non recte desiderabit. Si tamen possideat, exceptione doli defenditur (PAP. 11. *resp.*). Fr. 2. *de P. A.*

2) C. 1. *de His qui in priorum.* — Non omnimodo succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur, quum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur, et in locum ejus succedat.

3) S. Glück XIX. S. 374. *Donell.* p. 536.

4) Ders. S. 352.

5) Fr. 34. pr. *de Legatis* III.

6) Hierher würde auch der Fall zu zählen sein, wenn ein gemeinschaftliches Pfand zum öffentlichen Verkauf gestellt wird, über dessen Annahme sich die Gläubiger nicht einigen können, s. Glück XI. S. 132. und unten §. 49. I. unter b. und nachher S. 406.

7) Mühlenbruch Cession S. 464. Früher war besondere Uebertragung erfoderlich, doch konnte diese gefodert werden, Derselbe S. 411 f. (346. f. die nächste Stelle.) Fr. 6. *de Hered. vel act. vend.* — Emtori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet, ejus quoque, quod postea venditor accepit, nam beneficium venditoris prodest emtori (PAUL. 5. *Qu.*). C. 7. *de Obl. et act.* — Si a creditore nomen comparasti, ea pignora, quae venditor nominis persequi posset, apud Praesidem provinciae vindica. Nam si debitum ex ejus persona res tibi obligatas tenentes non transferant, jure communi pignora distrahere non prohiberis. Sane si creditoribus

derungsverhältnisses (universa nominis obligatio [1])) nicht in das Pfandobligationsverhältniß bei Faustpfändern (s. u. §. 59. 2. und bes. 62.) eintritt, mithin auch die Gefahr [2]) der Pfänder übernimmt. — Wenn ein Gläubiger seine Foderung nur zum Theil abtritt, so wird das Pfand für ihn und den neuen Gläubiger gemeinschaftlich. Wenn dieses aber für mehrere nach einander fällig werdende Foderungsposten haftet, und davon einige abgetreten, andere zurückbehalten werden, so erhält im Zweifel derjenige, welchem die früher fällig werdenden gehören sollen, ein Vorzugsrecht am Pfande vor dem andern [3]). Dagegen ist eine Abtretung des Pfandrechts oder der hypothekarischen Klage ohne die Hauptfoderung nach der Regel, daß Rechte, welche Accessorien eines andern Rechts sind, und ohne dieses nicht gedacht, auch nicht getrennt vom Hauptrecht abgetreten werden können [4]), rechtlich unzulässig. Rechtsgeschäfte, welche eine solche zu enthalten scheinen, z. B. wenn zwei Pfandgläubiger ihren Hypothekenrang wechseln, enthalten nur eine Novation zwischen den betheiligten Personen, zu denen

---

in ordine pignorum antecedentibus venundantibus, qui possident, comparaverunt, vel longi temporis praescriptione muniti perhibentur, pignorum distrahendorum facultatem te non habere perspicis (*Diocl.*). C. 6. *eod.* C. 14. *de Fidejussoribus.* C. 8. *de Hered. vel act. vend.* — Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur (*Diocl.*).

1) Fr. 34. pr. *de Legatis* III. s. Mühlenbruch a. a. O. S. 534.

2) Fr. 30. *de Pignoribus.* — Periculum pignorum nominis venditi ad emtorem pertinere, si tamen probetur, res eas obligatas fuisse (PAUL. 6. *resp.*). Er erhält jedoch z. B. bei Entwährung der Pfänder die Pfandgegenklage wider den Verpfänder, keine Klage aber wider den Cedenten, s. Fr. 68. §. 1. *de Eviction.* und dazu *Cujac.* in Opp. T. IV. p. 1298. Dagegen bleibt die Pfandhauptklage wider den Cedenten unberührt, sobald nicht der Verpfänder die Cession genehmigt hat, s. unten §. 59.

3) Fr. 13. *Qui potiores.* — Insulam tibi vendidi et dixi, prioris anni pensionem mihi, sequentium tibi accessuram, pignorumque ab inquilino datorum jus utrumque secuturum. Nerva, Proculus, nisi ad utramque pensionem pignora sufficerent, jus omnium pignorum primum ad me pertinere, quia nihil aperte dictum esset; an communiter ex omnibus pignoribus summa pro rata servetur; si quid superesset, ad te. Paulus: facti quaestio est: sed verisimile est id actum, ut primam quamque pensionem pignorum caussa sequatur (PAUL. 5. *ad Plaut.*).

4) Mühlenbruch a. a. O. S. 328 ff.

also der Verpfänder wesentlich mitgehört, und zwar ohne daß eine Beeinträchtigung der in der Mitte stehenden Gläubiger Statt finden darf. Es hat zwar nicht an Rechtsgelehrten gefehlt, welche die Zulässigkeit der Abtretung der hypothekarischen Klage uneingeschränkt, oder wenigstens die der an den Schuldner behauptet haben[1]), allein beim Mangel alles Beweises aus den Quellen steht dieser Meinung die unerschütterliche und ausnahmslose Regel entgegen, daß die Pfandobligation mit dem Wegfallen der Hauptobligation untergehe. Wahrscheinlich hat die Verwechselung der noch vorhandenen natürlichen Obligation, wofür nach Erlöschung des civilen Klagrechts das Pfand forthaftet, mit dem gänzlichen Mangel einer solchen hier irre geleitet; dafür spricht das Berufen auf C. 2. *de Luitione pignoris* (s. o. S. 51.), welche als Hauptstelle für eine solche Abtretung genannt wird. Schlagend ist endlich hier die Bemerkung Mühlenbruch's[2]), daß, wenn man sich den Gegenstand der Streitfrage dadurch näher gerückt hätte, daß man sie so gestellt — was als eine Folge die Consequenz zu bejahen gebieten würde, — ob die abgetretene hypothekarische Klage aufhöre, ein Zubehör der Foderung zu sein, vielleicht schon längst kein Streit darüber mehr wäre.

b. Eine ganz ähnliche hypothekarische Nachfolge, welche jedoch aus einleuchtenden Gründen von der ersten geschieden werden muß, geschieht durch die Afterverpfändung. Diese ist oben S. 170 ff. S. 176. ausführlich dargestellt worden.

Zwischen dieser ersten und der zweiten Klasse steht eigentlich noch eine Art der Erwerbung des Pfandrechts in der Mitte, welche sowohl mit als ohne Willen des Gläubigers geschehen kann, je nachdem er sie selbst durch seinen Antrag herbeiführt, oder sie durch einen solchen wider ihn veranlaßt wird; nemlich wenn in Folge der geschehenen gemeinschaftlichen Verpfändung einer Sache an zwei oder mehrere Gläubiger, der Zuschlag derselben an den einen mittelst der Thei-

---

1) Olea, Bartolus — Dynus, Lenz, s. bei Mühlenbruch a. a. O. Anm. 165. 167.

2) a. a. O. S. 332.

lungsklage erfolgt. Es übernimmt dann der, welchem sie zuerkannt wird, die ganze Foderung[1]) und also das Pfandrecht. Dieser Fall wird unten §. 49. b. besondere Beachtung finden.

2. Für den Uebergang des Pfandrechts ohne den Willen des Gläubigers bietet sich ein allgemeinerer und ein besonderer Gesichtspunkt dar. Zunächst gehören hierher alle diejenigen Fälle, in denen die Uebertragung irgend einer Hauptklage, wofür ein Pfandrecht besteht, selbst unabhängig vom Willen[2]) des bisher dazu berechtigten Gläubigers geschieht[3]), soweit sie nicht, oder nicht auch, nach unserer vorher bemerkten Eintheilung, unter die mittelbare Erwerbung des Pfandrechts fallen. Hiervon machen auch die Foderungen des Fiscus keine Ausnahme[4]). Dagegen sind folgende besondere Fälle zu berücksichtigen: a. wenn der Vater, während er den Sohn in der väterlichen Gewalt hat, sich für ein demselben bedingt hinterlassenes Vermächtniß vom Erben ein Pfandrecht hat bestellen lassen, und die Bedingung erst nach der Entlassung des Sohnes aus der väterlichen Gewalt, oder nach des Vaters Tode eingetreten ist, so geht das Pfandrecht nicht mit der Hauptklage auf den Sohn über, sondern es erlischt[5]). b. Wenn der Fiduciarerbe erbschaftliche Gelder ausgethan und Pfänder dafür erhalten hat, so geht die Pfandklage auf den Fideicommißerben nicht über; selbst dann nicht, wenn der erstere für eine noch vom Erblasser contrahirte Obligation ein Pfandrecht hat bestellen lassen; doch kann er zur Abtretung der Pfandklage genöthigt werden[6]). Allein hierin liegen keine Ausnahmen von der gelehrten Regel; denn im ersten Fall ist der Verpfänder zur Zeit, wo

---

1) S. Glück IX. S. 132.

2) Also gleichviel, ob der Uebergang der Klage ein unmittelbarer gesetzlicher ist, oder erst durch richterliches Dekret (Exceptio cedendar. actionum, s. C. 21. *de Fidejussorib.*) geschieht.

3) S. Mühlenbruch a. a. O. §. 43. S. 451 ff. 454 ff. vergl. mit 464. Bucher R. d. Foder. S. 82.

4) Ders. S. 465. — Ebendas. s. die Erl. von C. 3. *de Privileg. fisci* und C. 11. *de Fidejussor.* über die Verschiedenheit, welche für den Uebergang der persönlichen Klage des Fiscus behauptet wird.

5) **Fr. 28. *de Pignoribus*** (s. o. S. 49.).

6) **Fr. 73. pr. *ad SCt. Trebell.***

die Bedingung eintritt, nicht mehr Schuldner dessen, dem er das Pfand bestellte, und eine Pfandnachfolge tritt darum nicht ein, weil zwischen dem Vater und Sohn in Betreff der Hauptfoderung selbst keine Nachfolge Statt findet, sondern das Recht des Vaters ist, wenn es auch denselben Gegenstand angeht, wie das des Sohnes, dennoch nicht mit diesem identisch, sondern ein selbstständiges; es erlischt, wenn das des Sohnes als solches anhebt. Es ist nemlich für den gedachten besondern Fall anzunehmen, daß der Vater das Pfandrecht im eigenen Namen stipulirt hat, weil die Stelle von Mäcian, worin er vorkommt, einer Zeit angehört, wo es noch gar kein adventitisches Sondergut gab [1]), so daß etwa hieraus ein Bedenken entnommen werden könnte. Etwas Anderes wäre es, — fragt man nach dem Verhältniß jener Stelle zur Justinianeischen Sammlung — wenn er das Pfandrecht als Verwalter des Sondergutes seines Sohnes hätte bestellen lassen, aber dann wäre es für den Sohn unmittelbar erworben gewesen [2]); so lange es jedoch noch kein adventitisches Sondergut gab, erwarb der Vater das Vermächtniß, wenn die Bedingung bei seinem Leben, oder so lange er die väterliche Gewalt übte, eintrat, und folglich hatte er das ihm bestellte Pfandrecht allein für sich, und auf den Sohn ging es darum nicht über, weil dieser mit dem Austritt aus der väterlichen Gewalt bei nunmehriger Erfüllung der Bedingung ein selbstständiges Recht gewann, wogegen das bisher bestandene Hoffnungsrecht des Vaters erlosch, und mit ihm das dafür bestandene Pfandrecht. — Für den zweiten Fall ist zu berücksichtigen, daß der Fiduciarerbe die Obligation aus dem Darlehn für sich erwarb, und also gar nicht herauszugeben (abzutreten) brauchte, mithin auch nicht das Pfandrecht; in dem ausgenommenen Fall, wo der Fideicommißerbe die Abtretung des erworbenen Pfandrechts soll fodern dürfen, hat hingegen offenbar nur die Billigkeit geleitet, indem das Pfandrecht

---

1) Löhr im Archiv Bd. VII. S. 268.

2) S. die Glosse und die Summe des Bartolus, vgl. Westphal a. a. O. §. 151. (172.) *Cujac.* Comment. ad Pauli l. 3. Qu. (Opp. T. V. p. 950.) ist hier irre.

nutzlos durch die Trennung verloren gegangen sein würde[1]), und der Uebergang der hypothekarischen Klage sonst förmliche Abtretung erfoderte[2]). Diese würde also gegenwärtig nicht mehr erfoderlich sein, sondern der Fiduciarerbe als Geschäftsbesorger erscheinen[3]).

Eine durchaus eigenthümliche Uebergangsart des Pfandrechts wird dagegen durch das Angebotsrecht, Jus offerendi[4]), herbeigeführt, d. h. das Recht eines Pfandgläubigers, mittelst auf gehörige Weise geschehenen Angebots der Zahlung an einen andern Pfandgläubiger in dessen Stelle einzutreten. Die nähere Erörterung dieses Rechts macht, als in den meisten ihrer Beziehungen enge damit verbunden, zunächst unsere Entscheidung für die Streitfrage[5]) nothwendig, ob es jedem von mehreren in demselben Pfandgegenstande zusammentreffenden Gläubigern wider den andern, also auch dem bessern, dem ältern, wider den schlechtern, jüngern, oder nur dem nachstehenden gegen den vorgehenden zustehe. Denn je nachdem man die eine oder die andere Meinung annimmt, muß der Gesichtspunkt für die Beurtheilung des Wesens dieses Rechts ein ganz anderer sein. — Eine unmittelbare Entscheidung im Corpus Juris ist nicht vorhanden; denn des Angebotsrechts von Seiten des bessern Pfandgläubigers gegen den nachgehenden geschieht nirgends Erwähnung[6]). Dagegen findet sich in Paulus Sentent. recept. Lib. II. Tit. 13. §. 8. folgende Stelle:

> Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest. Sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quanquam ipse in pignore potior sit.

---

1) S. *Donelli* Comment. T. VI. p. 281. Ed. Norimb. vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 411 f. — Eine sehr schiefe Erklärung s. bei *Claud. Chiflet.* de Jure Fidcss. IV. 6. (Th. Ott. T. V. p. 865.)

2) s. S. 404. Not. 7.

3) Vergl. oben S. 224.

4) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 468 ff. Doctrina Pand §. I. (4.) Glück a. a. O. S. 352 ff.

5) Ueber die Literatur derselben s. Glück a. a. O. S. 383 ff. und Bopp in Roßhirt's Zeitschrift S. 375 ff.

6) Fritz zu Wening S. 350. vergl. C. 22. *de Pignorib.* C. 1. 5. *Qui potiores.* Fr. 3. pr. *de Distract. pign.* C. 3. *Si antiquior.*

Gestützt auf diese Stelle bildete sich eine herrschende Meinung, welche sich bis auf die neueste Zeit beinahe ohne alle[1]) Anfechtung erhielt, daß nemlich auch der bessere Pfandgläubiger dem schlechtern anbieten dürfe, und dadurch in dessen Foderung und Pfandrecht eintreten könne. Der erste, welcher sie verdächtigte, war Zimmern[2]), und zwar unter Bezug auf den Fall des Zusammentreffens eines bessern mit dem nachstehenden Pfandgläubiger in der beabsichtigten gegenseitigen Ausübung des Angebotsrechts, welcher nach ihr unauflöslich sei. Er betrachtete dabei den Zweck des Angebotsrechts, eines singularen Rechtes, als zweifelsohne auf billigen Ersatz an den zweiten Pfandgläubiger für seine unsichere Stellung gerichtet, indem er das Pfand nicht verkaufen dürfe; ein Zweck, der auf den umgekehrten Fall überhaupt nicht, am wenigsten bei gänzlich mangelnder Gleichheit des Grundes, angewendet werden dürfe. In der Stelle aus Paulus müssen die Worte: si voluerit, auf den secundus creditor bezogen werden, sie seien also mit der behaupteten Verneinung gar nicht im Widerspruch, sondern bestätigen sie, weil der Wille nun als einzige Bedingung erscheine. — Hierwider wurde erinnert[3]), daß diese Erklärung dem ganzen in Frage stehenden Satze seine Bedeutung raube; denn das bedürfe doch wohl keiner besondern Erwähnung, daß, wenn der nachstehende Gläubiger sich vom bessern abfinden lassen wolle, dem nichts entgegenstehe? Offenbar richtiger würden Paulus Worte so verstanden, daß, wenn das Recht des Angebotes dem vorgehenden Gläubiger Nutzen bringe, was sehr wohl möglich sei, er, wenn er wolle, davon Gebrauch machen könne, obwohl er sonst der besser Berechtigte sei; namentlich wären ohnedies die letzten Worte bedeutungslos. Freilich seien Paulus Worte ohne Gesetzeskraft, allein die Frage nach andern Gründen für das Angebotsrecht auf Seiten des vorgehenden Gläubigers sehr wichtig. Bekanntlich erkenne das ältere Recht das zweite

1) Bopp a. a. O. S. 375. 1.
2) Zeitschrift für Civilrecht Bd. I. Nr. 3. 4.
3) Von Müller im Archiv für civil. Praxis Bd. IX., S. 387 ff.

Pfandrecht an einer Sache nur insoweit an, als diese in der ersten Verpfändung nicht begriffen ist. Hafte sie in solidum, so könne das zweite Pfandrecht erst nach Befriedigung des ersten verwirklicht werden; diese sei also stillschweigende Bedingung. Später sei zwar das Pfandrecht des nachstehenden Gläubigers ausdrücklich anerkannt worden, allein die vollen Befugnisse eines wahren Pfandgläubigers ständen doch immer noch dem vorgehenden allein zu, namentlich im Verkauf und wegen der hypothekarischen Klage wider die späteren. Hierin liege zweifelsohne der Grund zur Ertheilung des Angebotsrechtes für den nachstehenden Gläubiger, allein dessen ungeachtet sei dies kein Singulare zu nennen; es möge freilich nur zum Vortheil des nachstehenden Gläubigers eingeführt sein, allein, sobald es dem vorgehenden vortheilhaft sein könne, warum solle es ihm versagt werden? — Aus C. 5. *Qui potiores etc.* — Prior quidem creditor compelli non potest, tibi, qui posteriori loco pignus accepisti, debitum offerre; sed si tu illi id omne, quod debetur, solveris, pignoris tui caussa confirmabitur — könne man doch mit Recht auf ein dem vorgehenden Gläubiger zuständiges Recht des Angebots schließen, denn sonst liege ein Widersinn in der Sache. — Dawider nahm sich Linde [1]) wieder der Zimmern'schen Meinung an; wäre die entgegengesetzte auch praktisch und angemessen, so könne sie doch theoretisch nicht gerechtfertigt werden. Der Grund der Einführung des Angebotsrechtes lasse es unläugbar als ein Singulare erscheinen; möge immerhin der vorgehende Gläubiger dadurch in Nachtheil gerathen, daß ihm die Vortheile des Innebehaltungsrechts entgingen, so könne doch dies kein Grund sein, beim Mangel eines dazu berechtigenden Ausspruchs der Gesetze, ihm das Angebotsrecht zuzuschreiben. Paulus Worte seien aber nicht einmal dann dafür entscheidend, wenn man sie nicht wie Zimmern auslegen wolle, denn sie beweisen weiter nichts, als daß jeder Besitzer sich durch Bezahlung im Besitz des Pfandes sichern könne. Auch könne der zahlende rechtmäßige Be-

1) Zeitschrift Bd. V. S. 293 ff.

sitzer zwar die Abtretung des Rechts des Klägers verlangen (s. den folgenden §.), aber ipso jure geschehe diese Nachfolge nicht, und darum sei dies gar nicht mit dem Angebotsrecht zu vergleichen. In der gedachten Constitution des Kaisers Alexander liege übrigens kein Widerspruch, welcher dazu nöthige, dem vorgehenden Gläubiger das Recht zuzusprechen, weil von Jemandem sehr wohl gesagt werden könne, daß er zu einer gewissen Handlung nicht gezwungen werden und man dennoch behaupten könne, daß er kein Recht dazu habe, denn das gelte ja von jeder Handlung, wozu letzteres fehle. Selbst dies bei Seite gesetzt, lasse sich damit immer nicht beweisen, daß dem vorgehenden Gläubiger dort das Recht zugesprochen sei. Ein rechtlich in Betracht fallendes Interesse am Angebotsrechte habe auch der vorgehende Gläubiger, so lange er besitze, niemals, weil ihn der nachstehende durchaus nicht in der Ausübung seines Pfandrechts beschränke; denn das Angebotsrecht solle ja doch nur ein Pfandrecht bestärken und bestätigen, ein Zweck, der für den vorgehenden Gläubiger also nicht eintreten könne. Sei er nicht im Besitz, so habe er die hypothekarische Klage u. s. w. Dazu komme, daß, wenn in Stellen, wie **Fr. 11. §. 4.** [1]) *Qui potiores* etc., wo es so nahe gelegen, vom Angebotsrecht des vorgehenden Gläubigers zu reden, dennoch völliges Schweigen herrsche, daraus auf dessen Mangel geschlossen werden müsse, weil dieses Schweigen sonst nicht zu erklären sei. Zuletzt gerathe noch die gegentheilige Meinung im Fall des Zusammentreffens der gegenseitigen Angebotsrechte in unauflösliche Verwickelungen, da alle Versuche, sie zu lösen, nur willkührliche seien.

Diese Theorie wurde wieder [2]) angegriffen, wogegen sie Linde [3]) von Neuem zu vertheidigen suchte, und na-

---

1) Si paratus est posterior creditor, priori creditori solvere, quod ei debetur, videndum est, an competat ei hypothecaria actio, volente priore creditore pecuniam accipere? Et dicimus, priori creditori inutilem esse actionem, quum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur. (GAI. l. l. *ad f. hyp.*).

2) Vom Recensenten in Schunk's Jahrbüchern Bd. XIX. S. 118 ff.

3) In der Zeitschrift Band VI. S. 215 ff.

mentlich den Einwurf, daß es sehr natürlich zu sein und nahe zu liegen scheine, wenn dem schlechtern Pfandgläubiger das Angebotsrecht zustehe, es auch dem bessern zuzugestehen, mit der Bemerkung beantwortete, daß es doch nicht darauf ankomme, wie es gewesen sein könne, sondern, wie es gewesen sei.

Fritz [1]) sucht einen neuen Weg zu bahnen, um auf ihm in die Lehre vom Angebotsrecht überhaupt, d. h. sowohl das, wovon bisher gehandelt worden, welches wir das eigentliche nennen können, als das, wovon §. 47. 4. die Rede ist, und welches das uneigentliche zum Unterschied genannt werden kann, einzudringen. Von dem Satze, daß jeder Pfandbesitzer ohne Unterschied, und ohne alle Rücksicht auf sein Recht an der Sache, einer Pfandklage durch Zahlung entgehen könne (Fr. 12. §. 1. *Quibus modis pignus* etc.) und dadurch wider Den, welchem die Zahlung zum Besten gereicht, dessen Foderung erhalte (Fr. 2. *eod.*), ohne daß Abtretung derselben nöthig sei, — ausgehend, behauptet er, sei, nebst einer gehörigen Berücksichtigung der Rechtsmittel zur Geltendmachung des Angebotsrechts, dahin zu entscheiden, daß der besitzende Pfandgläubiger gegen den nichtbesitzenden dasselbe immer durchsetzen könne; wenn er aber von dieser Befugniß keinen Gebrauch mache, es dem nichtbesitzenden nachstehenden zukomme, der nicht besitzende vorgehende aber auch ohne Abfindung des besitzenden nachstehenden den Sieg davon trage, und daß es weiterer Regeln über unsere Frage nicht bedürfe.

Dieser Versuch ist scharfsinnig, allein es läßt sich nicht beweisen, daß dem bessern Pfandgläubiger das s. g. uneigentliche Angebotsrecht, wie dem Besitzer im schlechten oder im guten Glauben, und wie dem nachstehenden besitzenden, von jenem deshalb mit der hypothekarischen Klage in Anspruch genommenen Pfandgläubiger zustehe. Wir handeln hier-

---

1) a. a. O. S. 528 ff. Ein Jahr früher schon erschien Bopp's Beitrag zu diesem Streit in Roßhirts Zeitschrift S. 376 ff., der das J. O. des vorgehenden mit der von ihm behaupteten Veräußerungsbefugniß des nachstehenden in ursachliche und wesentliche Verbindung gesetzt wissen will; eine Meinung, die §. 68. weitere Berücksichtigung findet.

von §. 47. 4. und setzen die Frage hier als entschieden voraus. Danach greift die Fritz'sche Theorie hier nicht unmittelbar ein.

Es bleibt also nur die Entscheidung für die eine der beiden widerstrebenden Meinungen übrig, deren Gründe von beiden Seiten so erschöpfend erörtert worden sind, daß eine entscheidende Wahl möglich und vorbereitet ist. Die Gründe Derer, welche dem vorgehenden Gläubiger das Angebotsrecht zusprechen, sind weit weniger juridische, als aus der Billigkeit und dem Nutzen hergenommene; allein das kann doch so wenig genügen, dem vorgehenden Gläubiger das Angebotsrecht zuzusprechen, als dem nachstehenden die hypothekarische Klage gegen den ersten. Betrachtet man dagegen, daß niemals vom Angebotsrecht des vorgehenden Gläubigers die Rede ist, selbst da nicht, wo ein Verschweigen desselben tadelnswürdig sein müßte [1]), daß der entschieden und unmittelbar auch unbeschränkt ausgesprochene Zweck desselben der ist, das nachstehende, ohnedies in höchst mißlicher Lage sich befindende Pfandrecht zu bestärken und zu bestätigen; ein Begriff, der sich auf ein vorgehendes, in voller Kraft wider das letztere wirkendes gar nicht anwenden läßt, während die andern [2]) damit verbundenen Folgen rein zufällig sind, und sich weder als regelmäßige noch als nothwendige gestalten, mithin darum eine absolut nachtheiligere Lage des frühern gegen einen spätern Gläubiger gar nicht angenommen werden kann, — endlich, daß die alte Meinung den Fall, daß beide Gläubiger das Angebotsrecht wider einander ausüben wollen, nicht zu entscheiden vermag, so ist der Vorzug der Zimmern-Linde'schen Theorie hinlänglich gerechtfertigt. Wir fügen dazu noch einen neuen Grund für den Gesichtspunkt, aus dem das Angebotsrecht betrachtet sein will, überhaupt. In [3]) C. 7. pr. u. §. 1—3. *de Praescriptione*

---

1) S. namentlich die Titelüberschrift von Tit. IV. Lib. XX. Digest. u. Tit. XIX. Lib. VIII. Cod.

2) z. B. daß nun der offerirende Gläubiger das Pfand für auch nur chirographarische Foderungen innebehalten kann, was dem abgefundenen entgeht.

3) Quum notissimi juris sit, actionem hypothecariam in extraneos — detentatores annor. 30 finiri spatiis — in ipsos vero debitores

30 *vel* **40** *annor.* ist eine solche Gegeneinanderstellung der hypothekarischen Klage und des Angebotsrechts geschehen, die, wie sie jene unbestritten als ausschließliches Rechtsmittel für den vorgehenden Gläubiger wider den nachstehenden anerkennt, auf der andern Seite das Angebotsrecht als einziges und ebenfalls ausschließliches Mittel des nachstehenden gegen jenen betrachtet. Hält man dies fest, so gewinnt man auch eine feste rechtliche Grundlage zu dessen Beurtheilung. Danach liefe nemlich das Angebotsrecht parallel mit der hypothekarischen Klage, und wäre das für den nachstehenden Gläubiger, was diese für den vorgehenden ist, und zugleich das Mittel, ihm diese zu verschaffen. — In der vorhergedachten Paulinischen Stelle (C. 5. *d.* ist mit Linde zu erklären) ist aber für den vorgehenden Gläubiger nichts weiter als die Bemerkung enthalten, daß die auch ohnedies nicht bezweifelte Möglichkeit für ihn vorhanden sei, dem nachgehenden, wenn dieser sie nehmen wolle, in der Art Zahlung anzubieten, und dadurch die Befreiung des Pfandes von diesem Pfandrechte herbeizuführen, wie dies jedem dritten Nichtbetheiligten ohne den Willen dessen, den er abfinden will, freisteht, (s. den folgenden §.); allein daß er dadurch das Pfandrecht erwerbe, davon ist keine Rede. Zimmern's Erklärung der Worte: si voluerit, ist also ganz richtig, und der Einwurf (S. 410.) dagegen verfehlt. Denn daß unter unserer Zusammenstellung gerade die Einwilligung das Entscheidende sei, und somit

---

aut heredes eorum — nullis exspirare lustrorum cursibus, nostrae provisionis esse perspeximus, hoc — emendare. §. 1. Quamobrem jubemus, hypothecariam persecutionem — rerum — gratia — apud debitores — vel — heredes non ultra 40 annos — prorogari. — §. 2. Sed quum illud etiam in — controversiis ventilabatur, an creditor anteriora jura praetendens potest posteriorem creditorem hypothecam tenentem etiam ultra 30 annos inquietare — ? necessarium duximus, et hoc dirimere. Et sancimus, donec communis debitor vivit, non posse creditori anteriori 30 annor. exceptionem opponi, sed locum esse 40 ann. praescriptioni. Ex quo autem — debitor decesserit, ex eo, quasi hoc nomine possidentem posteriorem creditorem — posse 30 ann. opponere praescriptionem. — — §. 3. *Eodem jure pro temporum computatione observando, etsi posterior creditor anteriori creditori offerre debitum paratus est, et is creditor longaevam possessionis praescriptionem ei opponere conatur.*

allerdings besonders hervorgehoben werden müsse, wird eben so sehr einleuchten, als daß gerade die Beziehung der Worte auf den vorgehenden Gläubiger vielmehr dem Satz alle Bedeutung raube, weil sie dann ganz müßig da ständen. Denn daß eine Willensbestimmung dazu vorangegangen sein müsse, wenn ein Gläubiger das thut, wozu er berechtigt ist, liegt doch im Handeln selbst, und bedarf keiner Erwähnung.

Das Angebotsrecht ist wider jeden von mehreren vorgehenden Gläubigern zuständig, nicht nur gegen den jedesmaligen Vormann [1]), auch wider bevorzugte [2]) und Faustpfandgläubiger [3]), ingleichen wider diejenigen, — auch einen vorgehenden Gläubiger — denen das Pfand verkauft oder an Zahlungs Statt gegeben worden ist [4]), und die, welche an deren Stelle nachgefolgt sind (s. §. 47. 3.); endlich auch wider des Schuldners Bürgen gegen vorgehende Gläubiger, mit deren Gelde diese zu dem Ende abgefunden worden sind, um das Eigenthum am Pfande käuflich zu erlangen [5]). Es ist daher gleichgültig, von welcher Art das Pfandrecht des abzufindenden Pfandgläubigers sei [6]).

Das Angebotsrecht steht, wie vorher gezeigt worden, einem Klagerechte gleich, und führt also eine Zwangspflicht des vorgehenden Gläubigers mit sich [7]); will dieser daher die Zahlung nicht annehmen [8]), so kann der Anbietende das Geld in gesetzlicher Form niederlegen; das wird dann der Zahlung gleichgeachtet. Das Angebot muß jedoch vollständig sein,

---

1) Fr. 16. *Qui potiores* etc. in med. — Plane quum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit.

2) C. 10. *Qui potiores.* — Quum tibi pro dote, quam acceperat, maritus res obligavit, eo mortuo hi, quibus easdem pignori dederat, non offerentes debitum nulla possunt persequi ratione. S. den Anfang dieses §.

3) C. un. *Etiam ob chirograph.* in f.

4) Fr. 3. §. 1. u. 5. §. 1. *de Distract. pign.* (S. 106.). C. 1. *Si antiquior etc.* (S. 105.)

5) Fr. 2. *de Distract. pign.* (S. 105.)

6) Glück XX. S. 359.

7) Linde a. a. O. Bd. V. S. 291.

8) Fr. 11. §. 4. *Qui potiores.* — (S. 412.) C. 1. *Qui potiores.* C. 9. *de Solution.* Linde Zeitschrift Bd. V. S. 290.

d. h. die gesammte Pfandschuld, nebst allem was dazu gehört [1]), befriedigen [2]), nicht aber auch andere Foderungen, derenwegen ein Innebehaltungsrecht ausgeübt werden könnte [3]), welches also dem vorgehenden Gläubiger auf diese Weise allerdings entgehen kann, während der abfindende denselben Vortheil erlangt. — Durch die Thatsache der Zahlung oder Hinterlegung der gesammten Pfandschuldsumme folgt nun der abfindende Gläubiger in die Stelle des Abgefundenen ipso jure nach, wie wenn er dessen Recht durch wirkliche Foderungsabtretung [4]) erhalten hätte. Man hat zwar früher darüber gestritten, ob nicht dazu erst noch eine wirkliche Cession erfodert werde; allein daß das Angebotsrecht ganz das nemliche Rechtsverhältniß begründe, wie jede Cession, ergiebt sich sowohl negativ daraus, daß das Gegentheil unerweislich ist, als auch positiv aus folgenden Gründen. Das Pfandrecht kann als eine Obligation, ein Foderungsrecht, beim Uebergang auf Andere nur nach denselben Grundsätzen beurtheilt werden, wie jede andere Foderung, gleichviel wie dies geschehe. Sodann heißt es stets ohne Weiteres ausdrücklich, daß der abfindende in die Stelle des abgefundenen Gläubigers trete, und dasselbe Recht erhalte, was dieser gehabt hat [5]), woraus auch die Folgerung gezogen wird, daß er von mitabgetretenen Zinsen keine Zinsen fodern dürfe, die entgegengesetzten Falls zum Capital geschlagen worden, und verzinslich gewesen sein müßten. Auch die beschränkende Meinung [6]), daß wenigstens dann Cession erfoderlich sei, wenn ein späterer Gläubiger einem frühern, d. h. nicht seinem unmittelbaren Vormann offerire, die im Fall der Widersetzlichkeit durch den Richter erzwungen werden könne, ist völlig ungegründet. Es läßt sich hierher Fr. 19. *Qui potiores* etc. (s. den folg. §.) nicht ziehen, weil das Verhältniß des nachstehenden Pfandgläubigers ein ganz anderes ist, als das

1) Fr. 18. *Qui potiores in pign.*

2) S. Müller im Archiv für civil. Praxis. Bd. XI. S. 385.

3) C. un. *Etiam ob chirograph.* in f.

4) Mühlenbruch Cession S. 468.

5) Fr. 16. *Qui potiores.* Fr. 12. pr. *Quib. mod. pignus.* Glück XIX. S. 362.

6) Haubold's, in s. bekannten Dissert. über das Jus off. Cap. 3, §. 1.

des dritten Pfandbesitzers; der für beide gebrauchte Ausdruck offerre ist gleichgültig, er kann sowohl einen modus tollendi als confirmandi pignus bezeichnen [1]).

Eine wichtige und früher fast übersehene Frage ist die, wann eher das Angebotsrecht ausgeübt werden könne? Es kann nemlich der Fall sein, daß der vorgehende Pfandgläubiger noch nicht zur Annahme seiner Foderung genöthigt werden darf, wenn der nachstehende sie ihm anbietet, dessen ungeachtet dieser aber den triftigsten Grund haben, gleich jetzt die Abtretung der Pfandfoderung des erstern wünschen zu müssen, — und wie, wenn er sich zur Erstattung des vollen Interesses erbietet, z. B. der künftig erst fällig werdenden Zinsen des Darlehns mit bestimmtem Rückzahlungstage? Die, welche dem gefährlichen Grundsatze huldigen (s. §. 68.), es könne Jeder gezwungen werden, das zu leiden, was ihm nicht schade, würden sich hier leicht zu helfen wissen.

Das Angebotsrecht, als ein s. g. Jus singulare, welches einen Gläubiger, der Regel zuwider, zur Abtretung seiner Foderung wider seinen Willen nöthigt, muß gewiß wenigstens mit möglichster Schonung sonstiger wohlerworbener Rechte ausgeübt werden, und die Unbeschränktheit, zu deren Annahme die allgemein redenden Quellen verleiten könnten, mögte nur eine scheinbare sein. Mit Recht wird man daher die sich bedeutender Unterstützung erfreuende Meinung [2]) annehmen dürfen, daß, wenn der vorgehende Pfandgläubiger vom Schuldner vor Ablauf einer gewissen Frist oder überhaupt nicht zur Annahme der Zahlung gezwungen werden kann, sondern das Schuldverhältniß fortdauern soll, auch das Angebotsrecht wider ihn nicht vorher geltend gemacht werden könne. Dagegen sind wir aber der Ansicht [3]), daß, wenn gleichwohl der vorgehende Gläubiger zur Abtretung der Foderung bereit sein sollte, diese in ihrem ganzen Umfange, also auch mit dem Rechte auf den nachstehenden übergehe,

---

1) Das erkennt Haubold auch selbst an; vergl. Linde S. 295.

2) Durch Linde a. a. O. S. 292. u. Mühlenbruch in der: Uebersicht der civilistischen Literatur, im Aprilheft der Hallischen Literaturzeitung von 1835.

3) Linde lehrt das Gegentheil.

sich nun vom Schuldner und Andern ebenfalls nicht zur Zahlungsannahme vor der Zeit zwingen zu lassen; denn sobald dem Schuldner deshalb kein Zugeständniß gemacht ist, weshalb sollte jenes da verloren gehen, und wodurch würde es aus dem Gesammtinbegriff der übergegangenen Hauptobligation abgesondert?

Von mehreren nachstehenden Gläubigern soll [1]) in der Ausübung desselben zwar der ältere Gläubiger dem jüngern vorgehen [2]), doch muß natürlich der Fall des gleichzeitigen Zusammentreffens zum Zweck der Ausübung vorausgesetzt werden; daß aber, sobald der zweite der erste (u. s. w.) geworden, das Angebotsrecht wiederum gegen ihn ausgeübt werden kann, versteht sich von selbst.

Durch das Angebotsrecht erlangt nun der nachstehende Gläubiger nicht blos gleich einem Cessionar das Pfandrecht sammt der Foderung des Abgefundenen, sondern er bestätigt auch (vorausgesetzt, daß kein Dritter zwischen ihnen steht) sein eigenes Pfandrecht, wie es heißt, d. i. er kann nun auch dieses mit voller Kraft und in seinem ganzen Umfange geltend machen [3]), und kann deshalb den Verkauf des Pfandes herbeiführen, oder den Besitz desselben erlangen. Sind noch inmitten stehende andere Pfandgläubiger vorhanden, so kann er nur das durch das Angebotsrecht erworbene erste geltend machen [4]), und müßte zu gleichem Behuf erst die übrigen auch auskaufen.

Die einzelnen Vortheile, welche das Angebotsrecht dem nachstehenden Gläubiger gewährt, sind hiernach leicht zu übersehen. Er kann den Verkauf des Pfandes nach Belieben her-

---

1) Nach Haubold u. Gesterding S. 301.

2) Man kann dies als aus der Natur der Sache hier hervorgehend betrachten, nur nicht, wie Gesterding thut, mit Fr. 12. §. 9. *Qui potiores* direct beweisen wollen.

3) Fr. 12. §. 6. *Qui potiores.* — Sciendum est secundo creditori rem teneri etiam invito debitore tam in suum debitum, quam in primi creditoris, et in usuras suas, et quas primo creditori solvit; sed tamen usurarum, quas primo creditori solvit, usuras non consequetur, non enim negotium alterius gessit, sed magis suum, et ita Pap. 3. lib. resp. scripsit, et verum est. (MARC. *l. l.*) coll. Fr. 3. *Quae res pignori.*

4) Fr. 16. u. 20. *eod.*

beiführen oder abwenden [1]). Hat der vorgehende Gläubiger eine allgemeine Hypothek, und der nachstehende nur eine besondere, so zeigt sich, wenn jener den Gegenstand der letztern angreifen und verkaufen will, der Vortheil am deutlichsten, weil er sich durch das Angebotsrecht das Pfand unmittelbar rettet. Ein besonderer Vortheil ist endlich der Erwerb des Innebehaltungsrechts für blos handschriftliche Foderungen.

Das Angebotsrecht geht für den nachstehenden Pfandgläubiger verloren [2]): **1**) durch den pfandrechtsmäßigen Verkauf des Pfandes von Seiten des vorgehenden Gläubigers [3]). **2**) Wenn der Verkauf des Pfandes rechtskräftig erkannt ist. **3**) Durch Verjährung [4]), welche der der hypothekarischen Klage ganz parallel steht [5]). **4**) Wenn heutzutage Concurs ausbricht, so kann das Angebotsrecht nicht mehr ausgeübt werden, insofern eine Beschränkung der pfandrechtlichen Befugnisse der Gläubiger über die Pfänder dadurch eintritt, also nach der oben S. **245** ff. vertheidigten Theorie wohl noch wider Faustpfandgläubiger, weil deren Verhältniß unverändert bleibt. (S. **246**. Anm. **1**.).

---

1) C. 3. *Si antiquior.* — Quominus creditor, qui antea pignus accepit, distrahat, non offerendo secundus priori debitum, interpellare non potest. Fr. 5. pr. *de Distract. pign.*

2) Nach *Haubold* l. l. Cap. 7.

3) Fr. 3. pr. *de Distract. pign.* — Quum prior creditor pignus jure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse jus offerendae pecuniae convenit. (PAP. 3. *resp.*)

4) C. 7. §. 1—3. *de Praescript. 30 vel 40 ann.*

5) Gesterding S. 312. meint, „nicht sowohl das Angebotsrecht, als vielmehr die Möglichkeit, es mit Erfolg auszuüben, verjähre. Wenn nemlich der nachstehende Gläubiger, davon Gebrauch machend, wider den vorgehenden die hypothekarische Klage anstelle, so könne der sich wider diese mit der Einrede schützen." Allein das ist theils ein Streit um Worte, theils Mißverständniß der hier rechtlich möglichen Gestaltung der Dinge. Der nachstehende Gläubiger kann nemlich unmöglich die hypothekarische Klage mit dem Angebot verbinden dürfen, sondern dieses muß, sei es privatim oder durch gerichtliche Insinuation und abgefoderte Erklärung, vorangegangen sein. Erst nach geschehener Zahlung oder deren gerichtlichen Hinterlegung ist die hypothekarische Klage wider den vorgehenden Gläubiger zulässig. Ist nun das Angebotsrecht verjährt, so wird der vorgehende Gläubiger entweder bereits in dem Verfahren über dessen Zuständigkeit, das in der Regel dem der hypothekarischen Klage vorangehen wird, die Einrede der Verjährung vorschützen müssen, oder, wenn das Angebot privatim geschehen, und beim Verweigern der Annahme der Zahlung diese gesetzlich hinterlegt worden wäre, in dem Verfahren über die hypothekarische Klage. Allein auch im letztern

§. 47.

Von der mittelbaren Erwerbung eines bestehenden Pfandrechts.

Mittelbar, d. h. durch vorzugsweise Verhandlung mit dem Schuldner, wird ein bestehendes Pfandrecht auf mehrfache Art erworben. Der Hauptgesichtspunkt für diese Fälle bleibt zwar die Befriedigung des Gläubigers, in dessen Pfandrecht nachgefolgt wird, mit dem Gelde dessen, welcher darin nachfolgt, allein dieselbe hat keineswegs diese Folge absolut hinter sich, sondern solchergestalt nur die Geschäftsführungsklage (s. oben S. 403. Anm. 4.)[1]), und es muß noch etwas hinzukommen. Wir haben dies in den einzelnen Fällen näher nachzuweisen.

1) Wenn Jemand dem Schuldner Geld darleihet, um damit einen Pfandgläubiger abzufinden, und sich den Eintritt in dessen Stelle ausdrücklich bedingt, so erfolgt dadurch für ihn die hypothekarische Nachfolge mit der Abfindung des vorherigen Gläubigers ipso jure und mit derselben Wirkung, wie mittelst der Foderungsabtretung[2]). Absicht und ausdrückliche Uebereinkunft in Betreff des zu erwerbenden Pfandrechts entscheiden hier, sobald die Zahlung erfolgt ist; die Einwilligung des abzufindenden Gläubigers ist zur Pfandnachfolge nicht erforderlich[3]).

Fall ist die Einrede offenbar nicht gegen die hypothekarische Klage, sondern gegen das Angebotsrecht gerichtet, welches als deren besonderer Grund erscheint, indem das Anführen des geschehenen Angebots u. s. w. in der Klage allerdings wesentlich ist.

1) Fr. 1. pr. *Quibus modis pignus.* *Donell.* p. 471.

2) Fr. 3. *Quae res pignori.* — Aristo Neratio Prisco scripsit, etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata. Neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore, quo casu emtoris caussa melior efficietur etc. *Mühlenbruch* l. l. §. 324. Nr. 2. Glück a. a. O. S. 368.

3) s. Glück S. 375. C. 1. *de His qui in priorum.* Fr. 12. §. 8. *Qui potiores.* — A Titio mutuatus pactus est cum illo, ut ei praedium suum pignori hypothecaeve esset. Deinde mutuatus est pecuniam a Maevio et pactus est cum eo, ut, si Titio desierit praedium teneri, ei teneatur. Tertius dein de aliquis dat mutuam pecuniam tibi, ut Titio solveres, et paciscitur tecum, ut idem praedium ei pignori hypothecaeve sit, et locum ejus subeat. Num hic medius tertio potior est, qui pactus est, ut

2) Wenn ein Pfandgläubiger die Veräußerung des Pfandes zu dem Ende gestattet, daß ein anderer Pfandgläubiger, dem an einer andern Sache des Schuldners ein Pfandrecht zusteht, mit dem Kaufgelde befriedigt werde, so kann der erste dadurch in die Stelle des letztern ohne Weiteres eintreten, daß er sich dieselbe nebst dem Pfandrecht vorbehält und ausmacht [1]).

3) Hierher gehört auch der schon oben §. **17.** S. **104** ff. erwähnte Fall von der Erwerbung pfandrechtlicher Wirkungen an eigenen Sachen. Der Käufer [2]) eines verpfändeten Grundstücks, er sei Gläubiger, oder Pfandgläubiger, oder ganz unbetheiligt, tritt, dafern für ihn später ein sonst nachtheiliges Zusammentreffen mit andern ihm beim Ankauf unbekannt gewesenen Pfandgläubigern Statt finden sollte, stillschweigend und ipso jure, also ohne ausdrückliche Ausbedingung [3]), in das Pfandrecht (s. o. S. **103** ff.) der mit dem von ihm gezahlten Gelde befriedigten Pfandgläubiger ein [4]), so daß ihm auch von nachstehenden Gläubigern angeboten werden kann (S. **419**.). — Dasselbe gilt vom Bürgen auch ohne ein solches Zusammentreffen (s. §. **55**. unter B. a. E.).

Wir gelangen 4) zu einer rechtlichen Erscheinung, welche nicht diesem Gebiet allein, sondern nur vorzüglich und beziehungsweise bedingt angehört, und theils schon oben S. **408** ff. und **413**. vorgekommen ist, theils (§. **59**. C.) zu den Einreden wider die hypothekarische Klage gehört. Jeder Besitzer [5]) eines Pfandes nemlich kann die hypothekarische Klage jedes Pfandgläubigers dadurch abwenden, daß er ihm

---

Titio soluta pecunia impleatur conditio? et tertius de sua negligentia queri debeat? Sed tamen et hic tertius creditor secundo praeferendus est. (MARC. *l. s. l.*)

1) Fr. 12. §. 9. *Qui potiores.* — Si tertius creditor pignora sua distrahi permittat ad hoc, ut priori pecunia soluta, in aliud pignus priori succedat, successurum eum Papin. lib. 11. resp. scripsit, et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori, et loco ejus succedat. (MARC. *l. l.*)

2) Fr. 3. *Quae res pignori.* Mühlenbruch Cession S. 473.

3) Wie Manche irrig verlangen, s. dawider *Mühlenbruch* l. l. 4.

4) Fr. 17. *Qui potiores.* (S. 105.) Fr. 3. §. 1. *de Distract. pign.* (S. 106.) C. 3. *de His qui in prior.* (S. 104.)

5) Fr. 12. §. 1. *Quibus modis pignus.* — Qui pignoris jure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere si qualiscunque possessor offerre vellet, neque enim debet quaeri de jure possessoris, quum jus petitoris re-

Zahlung seiner Foderung leistet; (s. u. §. 59. C.). Hierdurch, und zwar mittelst der Einrede, der Arglist oder der Klagenabtretung, erzwingt er, wenn er justus possessor, d. h. Besitzer im guten Glauben ist, die Abtretung der Hauptfoderung und, wenn die Umstände danach sind, des Pfandrechts [1]). Gleiches gilt vom Bürgen, er mag die Pfänder besitzen oder nicht, der vom Gläubiger in Anspruch genommen, ihm Zahlung geleistet hat [2]). Ein anderer Besitzer, d. h. der es nicht im guten Glauben ist, kann zwar die Pfandklage durch die Zahlung ebenfalls abwenden, allein es darf ihm das Pfandrecht dadurch so wenig zu Theil werden [3]), als die Klage aus der bezahlten Hauptfoderung; er kann höchstens nur die Geschäftsführungsklage erhalten, und das Innebehaltungsrecht mittelst der Einrede der Arglist. Auch für den Pfandbesitzer im guten Glauben haben wir den Uebergang beschränken müssen; ist nemlich sein Besitz ein Eigenthumsbesitz, so kann er nicht an eigener Sache ein Pfandrecht haben, und nur dann den Vorrang der von ihm bezahlten Foderung geltend machen, wenn sich noch andere spätere Gläubiger finden sollten [4]). Der Uebergang des Pfandrechts würde in solchen Fällen nur dann geschehen, wenn der Besitzer nur vermeintlicher Eigenthümer gewesen ist, und dies

---

moveatur soluto pignore. (PAUL. s. *resp.*) Mühlenbruch Cession S. 407.

1) Fr. 19. *Qui potiores.* — Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum, et testamento maritum et liberos ex eo natos, item ex alio, heredes instituit; creditor, quum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit; quaero, an, si ei justus possessor offerat, compellendus sit, jus nominis cedere? Respondi, posse videri non injustum postulare. (SCAEV. s. *resp.*) Allerdings erwähnt diese Stelle des Pfandrechts nicht, allein wenn der justus possessor dasselbe erwerben kann, d. h. nicht Eigenthümer ist, so versteht sich dessen Uebergang mit dem Nomen von selbst, s. Fritz S. 453.

2) C. 21. *de Fidejussoribus.*

3) Nach der Glosse (s. Mühlenbruch a. a. O.) behaupten zwar Manche, daß dem unredlichen Besitzer dasselbe Recht zustehe, s. Glück XIII. S. 344 f., so daß also nach Gelegenheit der Diebstahl ein Mittel wäre, sich ein Pfandrecht zu verschaffen; allein das beruht auf dem Irrthum, es sei in Fr. 12. §. 1. *Quib. modis pignus* von einem übergehenden Pfandrecht die Rede, während es gleich Fr. 2. *eod.* Fr. 16. §. 3. *de Pignoribus* u. Fr. 28. *de P. A.* nur von der Abwendung der Klage und höchstens einem Innebehaltungsrecht handelt. Vergl. *Cujac.* Obs. XI. 35. u. Commentar. ad Lib. 11. resp. Papin. ad Fr. 1. §. 2. *de Pignorib.* (Opp. T. IV. p. 1289. Ed. Neapol.)

4) S. C. 3. *de His qui in priorum.*

jetzt erst oder später, so lange eine Ausübung des Pfandrechts noch möglich ist, inne wird. — Uebrigens ist nicht zu bezweifeln, daß, wenn sonst Uebergang des Pfandrechts Statt finden kann, die Beschaffenheit des Pfandrechts keinen Unterschied macht, wie zuweilen bezweifelt worden ist, und namentlich nicht das Pfandrecht der Ehefrauen [1]). — Es ist hier auch des Falles zu gedenken, daß einer von mehreren Erben des Schuldners, oder einer von mehreren Pfandbesitzern dem Gläubiger die ganze Schuld bezahlt hat (s. oben S. 19.); dieser kann die Abtretung der Klagen pro rata mit dem Pfandrecht gegen die übrigen Betheiligten fodern [2]).

Noch ist für diesen vierten Fall des Uebergangs eines Pfandrechts zweierlei zu bemerken.

Derselbe wird erstlich von Manchen [3]) ganz und gar als hierher gehörig geläugnet, und vielmehr zu denen der reinen Abtretung der Foderung, d. h. der freiwilligen, gezählt, und zwar sei in der Stelle, worauf man ihn gründe (Fr. 19. *Qui potiores* etc.), weder vom Uebergang des Pfandrechts die Rede, noch ein solcher in dem Falle des angegebenen Beispiels überhaupt möglich. Der Ehemann nämlich, der als Eigenthümer zu denken sei, könne natürlich kein Pfandrecht haben. Freilich spreche sie auch von jedem redlichen Besitzer; wenn aber dieser nicht Eigenthümer sei, so daß er ein Pfandrecht haben könne, so gehöre der Fall eben zu denen der bloßen Foderungsabtretung. — Allein wir meinen, daß in jener Stelle der Ehemann gar nicht der sei, welcher die Abtretung des Foderungsrechts verlangt, sondern daß dies ein dritter Besitzer sei; die Erwähnung des Ehemanns ist ganz unwesentlich und er ist keineswegs als Besitzer zu denken. Sodann aber ist doch mit Recht ein Unterschied zu machen, ob die Abtretung freiwillig oder unfreiwillig, wie hier, geschieht, da dies allemal eine Ausnahme ist, und eine solche ausdrückliche Hervorhebung verdient; und da wenigstens auf den Besitzer guten Glaubens das Pfandrecht übergeht, so ist damit die abgesonderte Aufzählung dieses Falles gerechtfertigt.

---

1) Mühlenbruch Cession S. 408 f.

2) Fr. 5. pr. *de Censibus.*

3) Fritz a. a. O. S. 451 f.

Zweitens ist die Frage zu beachten (s. S. **413**.), ob dieses Recht gleich jedem andern Besitzer auch dem bessern Pfandgläubiger zustehe? Mit deren Bejahung würde nemlich die Folge entstehen, daß der bessere Gläubiger, wenigstens wenn er besitze, thatsächlich ein Angebotsrecht wider den schlechtern habe, sobald dieser gegen ihn das ihm zuständige ausüben wolle. Dieser Meinung ist Linde[1]). Allein wir können uns von der Richtigkeit dieser Ansicht vom uneigentlichen Angebotsrecht nicht überzeugen. Linde's Grund dafür: daß dem bessern Pfandgläubiger die Zuständigkeiten des Besitzers im guten oder schlechten Glauben nicht abgesprochen werden könnten, dürfte nemlich durch die richtige Allgemeinheit seines eigenen Grundes wider das dem bessern Gläubiger zuzugestehende eigentliche Angebotsrecht aufgewogen werden: daraus, daß er der vorgehende Gläubiger sei, folge doch nicht, daß ihm die Befugnisse eines Minderberechtigten zustehen, denn es sei ja die Frage, wer in Bezug auf das Angebotsrecht der Mehrberechtigte sei? und daraus, daß der vorgehende Gläubiger mehr Rechte als ein Anderer habe, folge doch in Betreff eines einzelnen speciellen, blos zu des letztern Vortheil eingeführten Rechts nicht, daß dieses nun auch in gleicher Maaße dem bessern Pfandgläubiger zukomme. Wir haben im vorigen Paragraphen über das eigentliche Angebotsrecht, welches dem nachstehenden gegen den bessern Pfandgläubiger jederzeit zusteht, er mag besitzen oder nicht, auszuführen versucht, daß es der hypothekarischen Klage des vorgehenden Gläubigers parallel stehe, und daß es somit ein dem schlechtern ausschließlich zustehendes Recht sei. Gleiches müssen wir von dem uneigentlichen hier behandelten Angebotsrecht behaupten. Die Stelle (Fr. **12.** §. **1.** *d.*), worauf man, einen allgemeinen Gesichtspunkt für das Angebotsrecht überhaupt suchend, sich dabei hat stützen wollen, ist dazu nicht geeignet. — Freilich kann sprachlich unter dem qualiscunque possessor[2]) zuletzt auch der Pfandgläubiger begriffen werden, so daß gar keine Ausnahme Statt fände;

---

1) a. a. O. S. 295. s. Fritz S. 528. 2) *Cujacii* Obs. XI. 35.

allein, wer zuviel beweist, beweist nichts, und gerade hier ist es gefährlich und irreleitend, einer so allgemeinen Bezeichnung die ganze Bedeutung beizulegen, die sie haben kann. Unter dem qualiscunque possessor ist aber vielmehr jeder andere Gläubiger, nur kein Pfandgläubiger zu verstehen, und mithin die Frage eine ganz andere, ob der Pfandgläubiger in demselben Falle sei, welche durch jene Stelle nicht beantwortet wird. Das läßt sich folgendergestalt beweisen. Jene Stelle sagt nicht mehr und nicht weniger, als: eines jeden Pfandgläubigers hypothekarische Klage kann von jedem Besitzer des Pfandes durch das Angebot der Foderungssumme abgewendet werden. Nun kann ja doch aber der vorgehende Pfandgläubiger als Besitzer nicht von einem nachstehenden Gläubiger mit der Pfandklage angegriffen werden! mithin ist er nicht gemeint. Man muß nemlich bei einer zu so allgemeinem Zweck, wie jener in **Fr. 12. §. 1.** *d.* geschehenen Vorschrift, doch als das Wahrscheinliche annehmen, daß, wenn der angegriffene Gläubiger der vorgehende ist, er sich zu seinem Schutz zunächst auf sein Pfandrecht beziehen, und dadurch die Klage abwenden wird, und darf ihm nicht das Unwahrscheinliche beimessen, er habe dies nicht gewollt, sondern Lust gehabt, vom Angebotsrecht Gebrauch zu machen, um daraus erst zu folgern, daß es ihm wirklich auch zustehe. Alles zusammengehalten, was hier in Betracht zu ziehen ist, spricht dafür, daß sich die Sache so verhalten hat. Die hypothekarische Klage fand wider jeden Besitzer Statt, weil die Hauptfoderung nicht befriedigt wurde; geschah dies aber, gleichviel von wem, so erlosch sie und somit das Pfandrecht; danach fiel die Frage über den Besitz des Besitzers, und dessen Beschaffenheit als ohne alles Interesse, ganz weg[1]), und darum stand hier der Besitzer im schlechten Glauben dem im guten völlig gleich. Gewiß war dies der erste Schritt zum Entstehen des spätern eigentlichen Angebotsrechts. Der nächste war der zur Verbesserung der Lage des Besitzers im guten Glauben. Bei dem Zustande des römischen Hypothekenwe-

---

1) Hierdurch erklären sich die letzten Worte von Fr. 12. §. 1. *Quibus modis pignus* ganz leicht (s. o. S. 413.).

sens, besonders in Anwendung auf Grundbesitz, der hier vorzugsweise zu verstehen ist, konnte ein Grundstück häufig durch mehrere Hände gehen, ehe sich ergab, daß ein Pfandrecht daran bestehe; der Verlust desselben durch die hypothekarische Klage konnte dem Besitzer oft selbst dann nicht gleichgültig sein, wenn er Ersatz wegen der Entwährung zu hoffen hatte; die Möglichkeit durch Angebot der Zahlung war vorhanden, allein wie, wenn noch andere Pfandgläubiger sich nachher meldeten? — Namentlich lag die Gefahr auf der Hand, wenn diese sogar jünger waren, wie der bereits abgefundene. Die Billigkeit gewährte hier nun Eintritt in das abgefundene Recht für den rechtmäßigen Besitzer, d. h. in das Nomen wider den Schuldner[1]) und in das Pfandrecht, wo es den Umständen nach möglich war (S. **423**.), ja selbst für den Eigenthümer auf den Fall, daß später ein solches Zusammentreffen, wie das gedachte, einträte (s. S. **104** ff. und S. **422**.), so daß er also wenigstens die Wirkung des Pfandrechts an eigener Sache hatte, das dem bessern Pfandgläubiger Hinausgezahlte zu retten. Dieses für andere, als Pfandgläubiger, bestehende (uneigentliche) Angebotsrecht konnte natürlich nur einredeweise geltend gemacht werden; die höchste, und der Zeit nach wahrscheinlich auch die letzte, Potenz, auf welche es erhoben wurde, war nun die Art und Weise, wie es dem nachgehenden Pfandgläubiger gegen den vorgehenden ertheilt ward, wodurch es allerdings für diesen Fall einen neuen Character, und zwar den der Klage annahm.

Somit sind also die Rechte, welche dem Besitzer im schlechten Glauben, dem im guten Glauben, und dem nachstehenden Pfandgläubiger wider den bessern zustehen, zwar aus einander entstanden, so daß die letzteren durch Anwendung und Beziehung der ersteren ihre Ausbildung erhalten haben mögen, allein hierbei muß man stehen bleiben, und kann nicht fortfolgern, daß, was diesen drei Personen zusteht, und weil im Umfang der Befugnisse des zweiten und

---

1) F. 19. *Qui potiores*, welches allerdings also auch ohne Uebergang des Pfandrechts verstanden werden kann.

dritten das enthalten ist, was der erste und zweite haben, auch der vorgehende Pfandgläubiger wider Jedermann ausüben könne. Dessen Verhältniß zur Sache, zum Pfande, ist ja ein ganz anderes, es ist ein absolutes, von Anfang an in scharfe Gränzen und Merkmale eingeschlossen, es ist strengrechtlich, während das jener Personen und ihre Befugnisse theils nur in der Billigkeit gegen sie ihren Grund finden (und wie kann man aus dieser dem vorgehenden Gläubiger Rechte ertheilen wollen? —), theils — das des Besitzers im schlechten Glauben, — Folge der hypothekarischen Klage und deren Zwecks selbst ist.

5. Als ein fünfter hierher gehöriger Fall wird von Manchen[1]) der betrachtet, wenn der nachstehende Pfandgläubiger in einem Rechtsstreit wider den vorgehenden ein obsiegliches Erkenntniß erhalten hat; durch dessen Rechtskraft sollen Wirkungen herbeigeführt werden, welche einer wahren hypothekarischen Nachfolge gleichstehen. Man unterscheidet nemlich so: Wäre der nachstehende Gläubiger als Kläger aufgetreten, so trete jene Folge absolut ein; sie zeige sich am deutlichsten dann, wenn zwischen den beiden Streitenden noch ein dritter Gläubiger in der Mitte steht, den er durch den Eintritt in des ersten Stelle ausschließt, nicht durch die Rechtskraft, die ihn nicht treffen könnte. Wäre der Nachstehende hingegen nur der Beklagte, so erhalte er nichts weiter, als eine Freisprechung vom Anspruch des Klägers, mithin erfolge dann kein Eintritt in dessen Stelle, und darum könne der erste Gläubiger, wenn ein in der Mitte stehender zweiter Gläubiger dem gegen den ersten obsiegenden dritten nachher das Pfand durch die hypothekarische Klage abgefodert hat, diesen ohne Einfluß des früher Geschehenen mit Erfolg in Anspruch nehmen. So glaubt man das schwierige Fr. 16. *Qui potiores in pignore* etc. erklärt: — Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutychianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori. Cum Eutychiana de jure suo doceret, supe-

---

1) Glück XIX. S. 377. Westphal S. 254.

rata apud judicem a tertio creditore non provocaverat; Turbo apud alium judicem victus appellaverat. Quaerebatur utrum tertius creditor, etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem, an ea remota, Turbo tertium excluderet? Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit. Fuerunt igitur qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere; mihi nequaquam hoc justum esse videbatur. Pone primam creditricem judicio convenisse tertium creditorem, et exceptione aliove quo modo a tertio superatam; numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei judicatae uti potest? aut contra, si post primum judicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium obtinuerit, poterit uti exceptione rei judicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor, successit in ejus locum, quem exclusit, nec inter alios res judicata alii prodesse aut nocere solet, sed sine praejudicio prioris sententiae totum jus alii creditori integrum relinquitur (PAVL. 3. *Qu.*), Allein diese neue Entdekkung einer besondern Art der Pfandnachfolge ist ein Irrthum. Denn die Stelle spricht von dem Fall, wo Pfandnachfolge in des vorgehenden Gläubigers Stelle angenommen wird, gar nicht, sondern nur von dem, für welchen dies von der bestrittenen Theorie selbst in Abrede gestellt wird. Während nicht nur das Schweigen über den erst gedachten Fall eher dazu berechtigt, ihn ebenso wie den zweiten beurtheilt anzunehmen, sondern auch dazu in der Stelle Andeutungen genug liegen, — denn, nach dem allerdings etwas allgemein gehaltenem Eingang, cum de jure suo doceret, wonach doch auch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß der erste Gläubiger vom dritten verklagt gewesen wäre, ist ja der für die Bejahung aufgestellte Gesichtspunkt, das Angebotsrecht, welcher ebenfalls dann passend gewesen sein würde, ganz allgemein in Abrede gestellt,

und die Wirkung der Rechtskraft als relativ begränzt, — wird jenes Resultat mit Hülfe einer s. g. Schlußfolgerung per argumentum e contrario und des Gemeinplatzes: Saepe quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum petere potest, zu Tage gefördert. — Gewiß konnte zur Annahme der Pfandnachfolge nur die Verlegenheit bewegen, aus dem hier von Allen gefundenen Circus inextricabilis herauszukommen; weil nemlich der dritte zwar den ersten Gläubiger ausschließe, allein selbst vom zweiten überwunden werde, und dieser doch dem ersten nachstehe; allein der Knoten ist durch diese Hypothese nur zerschnitten und nicht gelöst. Der Vorzug der Cujacischen[1]) verneinenden Erklärung kann daher keinem Zweifel unterworfen sein, nur ist sie nicht vollständig. Cujacius nimmt nemlich an, der erste Gläubiger habe sein Recht nicht erwiesen, (er liest auch cum E. de jure suo non doceret; doch ist das nicht einmal nöthig, denn die Mangelhaftigkeit des Beweises folgt aus der Sache selbst,) und folgert aus dem Gesetz absolute Verneinung der Pfandnachfolge, wobei er den angeblich unauflöslichen Kreislauf aus folgenden Gründen bestreitet. „Sei der dritte Gläubiger vom ersten auf Herausgabe des Pfandes beklagt gewesen, so erhalte er durch das freisprechende Erkenntniß kein Vindicationsrecht, sondern nur ein Innebehaltungsrecht; entwinde ihm nun der zweite Gläubiger kraft seines ältern Rechts das Pfand, und diesem wieder der erste, so könne letzterm auch nicht der dritte, auf den Grund des frühern rechtskräftigen Erkenntnisses gegen diesen, das Pfand entwinden. Sei aber der erste Gläubiger Anfangs vom dritten angegriffen worden, so daß er unterliegend (quia aut non opposuit aut non probavit exceptionem rei sibi ante pigneratae) das Pfand ihm habe herausgeben müssen, und habe dem dritten es wiederum der zweite, und diesem endlich der erste mit Erfolg abgefodert, weil einer immer dem andern vorgehe, und die res judicata zwischen dem ersten und dritten, für den zweiten res

---

1) Opp. T. V. p. 953 ff. in Comment. ad Pauli lib. 3. Qu.

inter alios acta sei, so könne dennoch der dritte dem nun wieder in den Besitz gekommenen ersten Gläubiger dasselbe auf den Grund des wider ihn erstrittenen frühern Erkenntnisses, insofern er nun sein besseres Recht erweise, darum nicht entwinden, weil im frühern Streit zwischen ihnen nur das Recht des dritten und nicht das des ersten zur Beurtheilung vorgelegen habe." Allein das ist nicht erschöpfend, und der letzte Grund gar nicht von allgemeiner Natur; wenn der erste Gläubiger schon früher sein besseres Recht nicht hat erweisen können, so muß doch das Erkenntniß sich darüber mitverbreitet haben, und wie es heißt, de *jure suo* pronuntiatum esse, was er zum zweiten Male, wenn auch nur einredeweise, wider den dritten geltend macht. Man kann sich auch dabei nicht auf Fr. 19. *de Exceptione rei judicatae* beziehen: Duobus diversis temporibus eandem rem pignori dedit, egit posterior cum priore pigneraticia, et obtinuit, mox ille agere simili actione instituit; quaesitum est, an exceptio rei judicatae obstaret. Si opposuerit exceptionem rei sibi ante pigneratae et nihil aliud novum et validum adjecerit, sine dubio obstabit, eandem enim quaestionem revocat in judicium (MARC. 19. *Dig.*). Denn, ohne daß wir uns in eine Erörterung darüber einzulassen haben, wann eher in Anwendung auf Streitigkeiten zwischen mehreren Pfandgläubigern Einerleiheit des Streitgegenstandes, eadem quaestio, auf welche es hierbei ankommt, vorhanden sei, um danach die Zulässigkeit der Einrede oder der Replik rechtskräftig entschiedener Sache zu beurtheilen [1]), brauchen wir blos darauf aufmerksam zu machen, daß die Nichtzulässigkeit nur die Ausnahme bilden werde, wie Fr. 19. *d.* ausdrücklich anerkennt [2]), und daran die Frage zu knüpfen, wie, wenn wirklich eadem quaestio vorliege, der nun hiernach immer noch unvermeidliche Circus inextricabilis zu lösen sei?

---

1) S. *Mühlenbruch* l. l. §. 153. (6.) Heffter Institutionen des Civilprozesses S. 263 f. Wening Th. I. S. 127. Fritz dazu S. 112 f.
2) Die Basiliken lassen diese letzte Hälfte ganz weg.

Die Cujacius'sche Erklärung ist also darin mangelhaft, daß sie diese Frage gar nicht berührt, welche gerade am meisten interessirt. — Es ist schon oben S. 269. bei einer andern Gelegenheit die Erklärung des Fr. 16. *d.* durch Hepp berührt, und diese als die richtige anerkannt worden, nur daß ein Resultat aus ihr auf die dort behandelte Frage geläugnet werden mußte. Danach löst sich der scheinbare Kreislauf dadurch auf, daß, wenn der erste Gläubiger vom dritten besiegt, diesem das Pfand hat herausgeben müssen, letzterem aber der zweite dasselbe entwunden, und es seinerseits wieder dem ersten hat abtreten müssen, der dritte nun darum nicht wiederum diesen mit der hypothekarischen Klage und Replik der rechtskräftig für ihn entschiedenen Sache angreifen kann, weil der jüngere Streit zwischen dem zweiten, gegen den er selbst unterlegen, und dem ersten für ihn res inter alios acta ist, woraus er nicht Rechte erwerben kann. Wäre der dritte hingegen wieder in den Pfandbesitz gekommen, so könnte ihn der erste wegen der Einrede der rechtskräftigen Entscheidung natürlich nicht angreifen, sondern könnte erst, wenn wiederum der zweite dem dritten das Pfand abgenommen, dasselbe vom zweiten verlangen. Man ersieht hieraus, daß der oben erwähnte Gemeinplatz: Saepe quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum petere potest, ebenfalls Anwendung finden könne, die, wenn wir auf sie auch nicht viel geben wollen, doch jedenfalls die aufwiegt, welche die hier bestrittene Theorie von ihr macht. Denn sie hat zur unabwendbaren Folge, daß, wenn dem ersten Gläubiger das Pfand für tausend haftet, dem zweiten, welchem es mit Vorwissen dieses Umstandes verpfändet worden, und der sich vielleicht erst dadurch zum Creditiren hat bestimmen lassen, auch für tausend, dem dritten aber für zehntausend, dem zweiten nun plötzlich eine zehnmal so große Summe vorginge, als vorher, und zwar ganz ohne sein Zuthun und ohne daß ihn der geringste Vorwurf eines Versehens träfe. Das wäre also ein neues von den Gesetzen selbst dargebotenes Mittel, durch Einverständniß des ersten und dritten Gläubigers und des Verpfänders den

zweiten Gläubiger in bester Form Rechtens zu verkürzen und gelegentlich um das Seinige zu bringen.

Dagegen giebt es allerdings noch einen Fall, den man als eine Pfandnachfolge erklären muß, und welcher nirgends bisher als solcher angeführt, sondern wohl ganz übersehen worden ist. Wenn nemlich Jemand ein Darlehn aufnehmen will, und, weil der sich findende Gläubiger dessen Vermögensumständen nicht trauet, eine Frau als Mittelsperson stellt, welche das Geld aufnehmen und ein Pfandrecht bestellen soll, während er ihr, nachdem sie ihm dasselbe ausgezahlt, ein Pfandrecht einräumt, so haften die von der Frau bestellten Pfänder dem Gläubiger so wenig, wie dem strengen Rechte nach die, welche die Frau empfangen hat. Durch Vermittelung des Prätors wird jedoch angenommen, die Mittelsperson trete ganz aus der Sache heraus, so daß der Gläubiger wider die Hauptschuldner sowohl die persönliche Klage der Frau, als die hypothekarische zur Verfolgung der ihr bestellten Pfänder erhält[1]), also in ihre Befugnisse eintritt.

Die Fälle der Pfandnachfolge, welche in diesem und dem vorigen Paragraphen aufgezählt worden sind, sind, wie sich nun ergiebt, sehr verschiedener Natur[2]). Solcher, wo ein schon bestehendes Pfandrecht auf eine neue Foderung übergeht, sind drei, die §. **47. 1. 2.** und **4.** genannten; mit der Foderung zugleich geht das Pfandrecht über in denen

1) Fr. 29. pr. *ad Senatusc. Vellejan.* — Quidam voluit heredibus Lucii Titii mutuam pecuniam dare et cum iis contrahere, sed quoniam facultates eorum suspectas habuit, magis voluit uxori testatoris dare pecuniam, et ab ea pignus accipere; mulier eandem pecuniam dedit heredibus, et ab his pignus accepit; quaero, an intercessisse videatur, et an pignora quae ipsa accepit, teneantur creditori. Paulus respondit, si creditor, quum contrahere vellet cum heredibus Lucii Titii, evitatis his magis mulierem ream elegit, et in ipsius persona Senatusconsulto, quod de intercessionibus factum est, locum esse, et pignora ab ea data non teneri; eas autem res, quas mulier ab his, pro quibus intercedebat, pignori accepit, creditori mulieris obligatas non esse. Sed non sine ratione Praetorem facturum, si non tantum in personam, subducta muliere, in principales debitores dederit actionem, sed etiam in res, quae mulieri obligatae sunt. (PAUL. 16. *resp.*)

2) S. Fritz a. a. O. S. 455.

§. **46. 1. 2.** und §. **47. 5.**; in dem Fall §. **47. 3.** endlich ist eine eigentliche Foderung nicht vorhanden, sondern dem Betheiligten kommen nur die günstigen Wirkungen eines nicht für ihn, sondern für einen Andern bestandenen Pfandrechts zu Gute.

Als eine Schlußbemerkung von allgemeiner Bedeutung ist hier unter Bezug auf den letzten Theil des §. **30.** daran zu erinnern, daß heutzutage bei allen Veränderungen der Hypotheken, auch der nothwendigen, an Grundstücken durch Uebertragung auf Andere gerichtliche Verlautbarung, und bei wirklicher Abtretung auch Einwilligung und Bestätigung des Richters u. s. w. erfodert wird, wenn sie volle Kraft gegen Dritte erhalten sollen; sonst sind nur die Contrahenten und deren Erben gebunden [1]).

---

1) S. *Gottschalk* Disceptat. II. p. 167.

Achter Abschnitt.
Vom
Umfange des Pfandrechts.

---

§. 48.
Von dem Umfange des Pfandrechts in Bezug auf seinen Zweck.

Das Pfand haftet vermöge seines Zwecks für die gesammte Foderung, wofür es bestellt worden ist, mithin auch für den geringsten Theil derselben nach etwaniger Tilgung des Ueberrests[1]); und zwar wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechts (s. §. 4.) im ganzen Umfange seines Gegenstandes. Diese allgemeine Regel kann natürlich durch den Willen der Contrahenten, der sich dann bei der Pfandstellung oder Vertragsweise nachher auszusprechen hat, sowohl näher bestimmt werden, als Abänderungen erfahren; denn es versteht sich von selbst, daß das Pfandrecht sowohl für einen Theil der ganzen Schuld[2]), als für das Capital allein, oder die Zinsen allein bestellt werden könne[3]), oder für alles aus=

---

1) C. 6. *de Distract. pign.* — Quam diu non est integra pecunia creditori numerata, etiamsi pro parte majore eam consecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem (238.). C. 2. *Debitor. vendition.* — Debitoris denunciatio, qui creditori suo, ne sibi rem pignori obligatam distrahat, vel his, qui ab eo volunt comparare, denunciat, ita demum efficax est, si universum tam sortis quam usurarum offerat debitum creditori, eoque non accipiente, idonea fide probationis ita, ut oportet, depositum ostendat. Nam si vel modicum de sorte vel usuris in debito perseveret, distractio rei obligatae non potest impediri, neque ea ratione emtor, tametsi sciat interpositam a debitore creditori denunciationem, malae fidei fit possessor (239.).

2) Fr. 5. §. 1. *In quibus caussis pignus* (s. o. S. 297.).

3) Fr. 11. §. 3. *de P. A.* — Si in sortem duntaxat, vel in usuras obstrictum est pignus, eo soluto propter quod obligatum est, locum habet pigneraticia. Sive autem usurae in stipulatum sint de-

drücklich zusammen. Fehlt es jedoch an einer nähern Bestimmung, und kommen zur Hauptfoderung noch solche hinzu, welche als Zubehör derselben erscheinen, als: Zinsen, Kosten, vertragsmäßige Strafen, so wird die Frage, wieweit für sie das bestellte Pfandrecht hafte, complicirter; unbeschränkte Bejahung steht hier der unbeschränkten Verneinung gegenüber [1]). Folgende Stellen kommen bei Beantwortung derselben, welche einer genauern Untersuchung bedarf, in Betracht:

1. Fr. 8. §. 5. *de P. A.* — Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob caetera quoque, veluti usuras, et quae in id impensa sunt. (ULP. 28. *ad Ed.*)

2. Fr. 11. §. 3. *eod.* (s. S. 435.)

3. Fr. 13. §. ult. *de Pignoribus.* — Propter usuras quoque, si obligata sit hypotheca, usurae solvi debent. Idem et in poena dicemus. (MARC. *l. l.*)

4. C. 6. *de Pignoribus.* — In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium praestitisse creditorem constiterit. (213.)

5. C. 4. *de Usuris.* — Per retentionem pignoris usuras servari posse, de quibus praestandis convenit, licet stipulatio interposita non sit, merito constitutum est, et rationem habet: cum pignora conventione pacti etiam usuris obstricta sint. Sed enim in caussa de qua agis, haec ratio cessat, si quidem tempore contractus de minoribus usuris petendis convenit: postea autem, cum se debitor praestaturum majores repromisit, non potest videri rata pignoris retentio: quando eo tempore, quo instrumenta emittebantur, non con-

---

ductae, sive non, si tamen pignus et in eas obligatum fuit, quamdiu quid ex his debetur, pigneraticia cessabit. Alia caussa est earum quas quis supra licitum modum promisit; nam hae penitus illicitae sunt (ULP. 28. *ad Ed.*).

1) S. die älteren bei Gesterding S. 51. u. Weber Vers. II. S. 151.

venit, ut pignus etiam ad hanc adjectionem teneatur. (*Sever. et Anton.*)

6. C. 22. *eod.* — Pignoribus quidem intervenientibus, usurae, quae sine stipulatione peti non poterant, pacto retineri possunt. Verum hoc jure constituto, cum hujusmodi nullo interposito pacto tantummodo certae summae praestari poenam convenisse proponas, nec peti nec retineri quicquam amplius potest, et ad pignoris solutionem urgeri te disciplina juris perspicis. (*Philipp.*)

Die erste Stelle lehrt deutlich, daß das Pfandrecht im Allgemeinen wegen Capital, Zinsen und auf das Pfand verwendeter Kosten bestehe, und läßt, da über den Inhalt der Bestellung nichts Näheres angegeben ist, durch sich selbst negativ, und durch die Verbindung mit den beiden folgenden Stellen positiv schließen, daß dies als Regel zu betrachten sei, d. h. sich aus der Bestellung des Pfandrechts für die bestehende Foderung im Ganzen verstehe, wenn nicht das Gegentheil ausgemacht und das Pfandrecht eingeschränkt ist. Letzteres ist, da die zweite Stelle ausdrücklich das Beispiel einer Pfandbestellung für das Capital allein, oder die Zinsen allein enthält, auch dann anzunehmen, wenn es bei der Pfandbestellung heißt, „das Pfand solle für das dargeliehene Capital haften." Hiernach sind die zweite und dritte Stelle zu erklären. Der Grund hiervon ist nicht blos in den Grundsätzen der strengen Erklärung des Willens und der gebrauchten Worte bei Verträgen zu suchen, sondern auch und zwar hauptsächlich darin, daß die Zinsen, wenn sie auch als Zubehör des Capitals genannt zu werden pflegen, doch dies nur insofern sind, als sie ohne ein solches nicht gedacht werden können, übrigens aber gar nicht auf dessen Obligation beruhen, sondern auf einem besondern von der Capitalsfoderung ganz unabhängigen Rechtsgrunde [1]). — Hiernach haftet also das Pfand für ein Capital, Zinsen u. s. w. dann, wenn es entweder für Alles ausdrücklich bestellt ist, oder

---

1) Vgl. Savigny das altrömische Schuldrecht, S. 10 f.

wenn die Verpfändung auf den ganzen Inbegriff der Foderungen zu beziehen, d. h. mit solchen Worten geschehen ist, daß darunter alle Nebenfoderungen, wodurch die ursprüngliche Schuldsumme bei der einstigen Zahlung gewachsen sein könnte, mitverstanden werden müssen.

Zu den Zubehörungen einer Foderung (im weitern Begriff, nicht in dem des Capitals) gehören auch die öffentlichen Abgaben und Beiträge, welche für ein verpfändetes Grundstück gegeben werden müssen, und vom Gläubiger vorgeschossen werden; das lehrt die vierte Stelle.

Die beiden letzten Stellen gehören in doctrineller Hinsicht zu den schwierigsten des Codex; an Versuchen sie zu erläutern fehlt es nicht [1]), wohl aber an gelungenen. Man findet sie bald zu dem Beweise angeführt, daß in Betreff des Pfandrechts für die Zinsen zu unterscheiden sei, ob diese nach oder vor der Verpfändung versprochen worden, mithin bei der Bestimmung des Pfandrechts Alles auf den Willen der Contrahenten und dessen Auslegung ankomme, und in der Regel dasselbe sich auch auf Zinsen und Nebenfoderungen erstrecke [2]); — bald, um gerade das Entgegengesetzte zu beweisen [3]), bald wieder, um darzuthun, daß das Pfandrecht für natürliche Obligationen nicht klagbar sei, sondern nur ein Innebehaltungsrecht begründe [4]); — bald, um zu zeigen, daß die Innebehaltung des Pfandes für eine Foderung, derenwegen das Pfand nicht obligirt ist, vor C. un. *Etiam ob chirographar.* etc. unzulässig gewesen sei [5]); bald end=

1) Gesterding a. a. O. S. 59 f. Franke civil. Abhandl. S. 82 ff.

2) Gesterding S. 60.

3) *Malblanc* Princip. Jur. Rom. §. 566. 3.

4) Weber bei Franke a. a. O. S. 81 ff.

5) Franke S. 84. Hinzugesetzt ist zwar noch, „die Kaiser hätten außerdem darin dem Gläubiger gestattet, die Sache, wenn sie für solche Foderungen (welche? vorher ist von solchen die Rede, für welche das Pfand nicht obligirt ist, die können doch nicht gemeint sein?) mitverpfändet gewesen, als Pfand zu retiniren;" allein dann wären ja Pfandrecht und Innebehaltungsrecht gleichbedeutend? und es ist doch nirgends bezweifelt, so daß es mehrmaliger und unterscheidender Erörterung bedürfte, daß dem Pfandgläubiger das Innebehaltungsrecht zustehe? Diese Erklärung hat bisher keinen Widerspruch gefunden, allein sie ist so wenig erschöpfend, wie die von Weber, gegen welche sie geht, und unverständlich außerdem. Denn die Anfangsworte von C. 22. setzen gar nicht nothwendig Verkauf

lich, daß zur Innebehaltung ein klagbares Recht erfodert werde [1]).

Zur richtigen Würdigung dieser Stellen scheint vielmehr Folgendes berücksichtigt werden zu müssen. C. 4. *d.* ist älter als C. un. *d.*, und durch diese also, wie dies oftmals auch im Codex vorkommt, welcher häufig gar nicht, oder nicht im vollen Umfange mehr gültige Constitutionen nur zur wissenschaftlichen Einsicht, und zum dogmatisch-geschichtlichen Zusammenhange dienlich in manchen Rechtsmaterien enthält [2]), in der letzten Hälfte aufgehoben; C. 22., jünger als C. un. hingegen, muß mit dieser einstimmig sein, wenn sie dieselbe nicht ändert und keine Antinomie vorhanden sein soll, und also C. 4. auch ändern. C. 4. setzt offenbar den Fall voraus, daß der Gläubiger sich im Besitz des Pfandes befand, es ist aber dort auch ein wahres Pfandrecht und kein Innebehaltungsrecht im Gegensatz zu ihm gemeint, denn retentio und retinere wird ja auch vom besitzenden Pfandgläubiger gebraucht; dieser Gegensatz ist vielmehr in den beiden andern zu verstehen. Daß die kaiserlichen Gesetzgeber in C. 4. nur derjenigen wahren pfandrechtlichen Befugniß Erwähnung thun, welche in der retentio besteht, ist aus dem singulären Fall zu erklären, und dieselbe nicht etwa als etwas Besonderes, Vereinzeltes, zu verstehen, sondern als eine solche Befugniß, welche wirkliche Folge des Pfandrechts ist, und auf die übrigen auch schließen läßt. Beweis für das Vorhandensein des wirklichen Pfandrechts wegen der versprochenen Zinsen ist der angegebene Grund: quum pignora con-

---

und eingenommenen Kaufpreis voraus, (weil es heiße: *usurae retineri* possunt, wozu Compensation erfoderlich sei,) sondern müssen so, wie im deutschen Corpus Juris erklärt werden: „Zinsen können — auch in Folge bloßen Vertrages durch Zurückbehaltung [des Pfandes] erlangt werden.“ Beide Stellen erklärt Franke gegen C. un. *Etiam ob chirograph.* zwar historisch, aber so, daß es nicht ausreicht, weil C. 22. älter wie die Gordiansche Constitution ist, weshalb er noch eine Interpolation der Compilatoren annehmen muß, und bei allem dem nur obiges Resultat, welches so kühne Mittel unmöglich rechtfertigen kann.

1) Wie Gesterding auch als Resultat hat, s. jedoch Glück XV. S. 124. Anm. 44., wo das Gegentheil erwiesen ist.

2) Das kann, weil es noch jetzt meist übersehen wird, nicht oft genug wiederholt werden; s. ganz besonders Löhr Magaz. Bd. III. Nr. 7. S. 189—193.

ventione pacti etiam usuris obstricta sint, welchen das Gesetz selbst als entscheidend bezeichnet: Sed enim in caussa de qua agis, haec ratio cessat, und nochmals am Schluß deutlich hervorhebt. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn der Gläubiger nicht im Besitz gewesen, er die hypothekarische Klage würde haben anstellen können, und daß die Kaiser für diesen Fall so geantwortet haben würden, wenn er ihnen zur Entscheidung vorgelegen hätte. Aus dem Schweigen darüber auf's Gegentheil zu schließen [1]), wäre darum falsch, weil die Kaiser keine Veranlassung hatten, den Fall in allen Verhältnissen zu beleuchten und zu erörtern, daß er in verschiedenen Gestaltungen gleich zu entscheiden sei; denn sie wollten ja nicht dociren, sondern nur respondiren [2]). Mit der Beweiskraft der C. 4. für die hier behandelte Frage verhält es sich nun so, daß die erste Hälfte derselben, der Aufhebung der letzten durch C. un. *d.* ungeachtet, bestehend bleibt, nemlich, daß eine im Allgemeinen geschehene Pfandbestellung für eine Foderung die Zinsen mitbegreift. Umschrieben und in freier Uebersetzung sagt C. 4. Folgendes:

> Es ist mit vollem Rechte durch kaiserliche Constitutionen festgesetzt worden, daß man vertragsmäßig beabredete Zinsen, wenn auch in der Art, daß die persönliche Klage nicht Statt fände, durch Innebehaltung des Pfandes erlangen kann, weil das für die Foderung insgesammt bestellte Pfand vermöge des vertragsmäßigen Uebereinkommens auch für die Zinsen haftet, ohne daß dieser ausdrücklich gedacht zu sein braucht; allein im vorliegenden Fall, worüber du anfragst, findet dieser Grund keine Anwendung, weil zur Zeit der Pfandbestellung der Zinsfuß niedriger gestellt, und erst nachher vom Schuldner ein höherer bestellt ward, dadurch aber das Pfandrecht für die Zinsen wegen der

---

1) Franke S. 84.

2) Zugleich ist damit das abgewiesen, was außerdem gegen die ganz unzweifelhafte und vollkommene Wirkung des Pfandrechts für eine natürliche — klaglose — Foderung von **Weber** aus **C. 4.** gefolgert wird; davon zeugt ja **Fr. 11. §. 3.** *de P. A.*, wo dieselbe für die ganz gleiche Foderung — **usuras in stipulationem non deductas** — ausdrücklich anerkannt ist.

> Novation überhaupt wegfiel; — denn diese Thatsache an sich reicht nicht hin, eine Innebehaltung des Pfandes zu rechtfertigen, sobald zur Zeit der Aufnahme der betreffenden Urkunden [oder nachher] das Pfand nicht auch ausdrücklich auf diesen Zusatz erstreckt ward.

Da nun C. un. *d.* entschieden ein Innebehaltungsrecht im Gegensatz zum Pfandrechte für solche Foderungen des Gläubigers anordnet, welche kein Pfandrecht genießen, so ist die zweite Hälfte der ersten Stelle dadurch dahin modificirt, daß für die in ihr gedachten höheren Zinsen, wenn auch das Pfandrecht der früheren erloschen bleibt, jetzt ein wahres Innebehaltungsrecht geübt werden könnte.

C. 22. *d.* endlich ist von demselben Fall zu verstehen, von der Innebehaltung eines Pfandes für die Zinsen, derenwegen kein Pfandrecht bestellt worden ist, im Gegensatz zu diesem, und sagt umschrieben Folgendes:

> Wenn Pfänder für das Capital bestellt sind, so können auch die Zinsen, welche zu fodern keine Klage vorhanden ist, auf den Grund eines bloßen Vertrages durch Innebehaltung erlangt werden. Da nun dies Rechtens ist, du dich aber gar nicht auf den Abschluß eines solchen Vertrages berufst, sondern nur von einer vertragsmäßigen Strafe sprichst, so kann auch nichts weiter gefodert noch innebehalten werden, als was du zu fodern ein Recht hast, d. h. Capital und Strafsumme, und du siehst daher, daß du von Rechtswegen zur Herausgabe des Pfandes angehalten werdest.

Das nec retineri quidquam amplius posse ist nemlich nicht absolut, sondern nach der ältern C. un. *d.* zu verstehen, d. h. hier der Sachlage gemäß nur in Bezug darauf, daß der Betheiligte überhaupt nichts weiter zu fodern hatte, als Capital und Strafsumme, von Zinsen aber keine Rede war, mithin nec retineri quidquam amplius posset. Diese dritte Stelle hat hiernach für die Frage vom Haften des Pfandes für Nebenfoderungen die Bedeutung, daß auch die vertragsmäßige Strafe darin begriffen sein soll.

Aus dieser Untersuchung ergeben sich folgende feste Regeln für den Umfang des Pfandrechts in Bezug auf seinen Zweck [1]).

1. Wenn das Pfandrecht im Allgemeinen für die Schuld bestellt wird, ohne deren einzelne Theile und Zubehör, als Zinsen, übereinkunftsmäßige Strafe und auf das Pfand verwendete Kosten [2]) zu nennen, so haftet das Pfand für die aus allen darin begriffenen Obligationsverhältnissen entspringenden Foderungen; z. B. der Schuldner hat im Schuldbekenntniß gesagt: „ich bekenne von Titius ein Darlehn von tausend Thalern erhalten zu haben, verspreche diese mit fünf vom Hundert jährlich zu verzinsen, auch wenn ich sie nach Verlauf dreier Jahre von heute an nicht zurückzahle, hundert Thaler Strafe zu zahlen, und setze zur Sicherheit mein Wohnhaus als Unterpfand ein," — so haftet das letztere für das Capital sowohl, als für alle zur Zeit der Bestellung des erstern bereits obligationsmäßig begründete Nebenfoderungen [3]). Zu diesen gehören nun:

a) die vertragsmäßigen Zinsen, welche vor oder bei der Bestellung des Pfandrechts versprochen worden sind, und zwar auch schon nach römischem Recht, ohne Rücksicht, ob zu deren Entrichtung nur eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden war, weil auch für diese das Pfandrecht vollgültig ist. Für solche Nebenfoderungen, die erst nachher rechtlich begründet werden, kann, wenn das Pfandrecht nicht auf sie erstreckt worden ist, dennoch ein Innebehaltungsrecht geübt werden.

b) Was von den vertragsmäßigen Zinsen gilt, wird mit Recht auch auf die Verzugszinsen bezogen werden dürfen, da nicht blos gezahlt, sondern auch zur rechten Zeit gezahlt werden muß, also die Verpflichtung dazu gleich im ursprünglichen Inbegriff der ganzen Obligation liegt, wofür das Pfandrecht besteht [4]).

---

1) S. Seuffert Erörterungen S. 108 ff. Th. II.

2) S. o. S. 247. 248.

3) Gesterding a. a. O. S. 54 ff.

4) Derselbe S. 55. Glück XVIII. S. 175. Balett Pand. §. 323.

c) Dasselbe muß aus gleichem Grunde für die übereinkunftsmäßige Strafe gelten, doch nicht für die erst später beabredete.

d) Auch für die Kosten, welche auf das Pfand verwendet worden sind (S. 247.), haftet dasselbe insofern, als der Pfandschuldner zu deren Ersatz verpflichtet ist; hierher gehören auch öffentliche Abgaben und Lasten, und die Proceßkosten, welche auf Ausklagung des säumigen Schuldners verwendet worden sind [1]).

2. Ist das Pfandrecht hingegen für das Capital bestellt worden, so beschränkt es sich auch nur auf dieses, ohne sich auf Zinsen u. s. w. auszudehnen; z. B. es heißt: „ich bekenne tausend Thaler Darlehn erhalten zu haben, verspreche davon fünf vom Hundert jährlicher Zinsen, und setze für dieses Capital mein Wohnhaus zum Pfande ein." Letzteres haftet dann für die Zinsen so wenig, als wenn es hieße: „und setze für die Zinsen mein Haus zum Pfande," dasselbe für das Capital haften würde.

Die bisherigen Regeln, welche zunächst auf vertragsmäßige Pfandrechte berechnet sind, weil diese eine mannigfaltigere Gestaltung der Fragen, wegen des einwirkenden Willens der Contrahenten, veranlassen können, gelten auch bei allen andern, soweit sie Erscheinungen darbieten, auf welche jene überhaupt anwendbar sind.

Durch die Pfandbestellung wird die Vorschrift, daß die Zinsen nicht das alterum tantum der Hauptschuldsumme übersteigen sollen, nicht aufgehoben [2]).

---

1) Gesterding S. 56. Seuffert S. 112.

2) C. 27. §. 1. de Usuris. — Cursum insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus, nec si pignora quaedam pro debito creditori data sint, quorum occasione quaedam veteres leges et ultra duplum usuras exigi permittebant. Quod et in b. f. judiciis, ceterisque omnibus casibus, in quibus usurae exiguntur, servari censemus.

§. 49.

Wenn ein Pfand für mehrere Foderungen gemeinschaftlich haftet.

Der Umfang des Pfandrechts in Bezug auf seinen Zweck kann durch die verschiedenen Gestaltungen pfandrechtlicher Verhältnisse für solche Foderungen in bedeutungsvollen Betracht kommen, die gleich Anfangs oder in der Folge mehreren Gläubigern entweder gemeinschaftlich, oder gleichzeitig zusammentreffend zustehen, so wie bei der Theilung eines Pfandes zwischen mehreren betheiligten Personen. Wir unterscheiden hier folgende Fälle.

1. Es wird mehreren Gläubigern eine Sache als Pfand gleichzeitig bestellt[1]). Dies geschieht sowohl durch ausdrückliche gemeinschaftliche Verpfändung, als durch die jedem besonders geschehene; freilich muß auch dann in der Regel[2]) der Ursprung eines solchen Pfandrechts ein gemeinschaftlicher sein, weil er sonst nicht gleichzeitig wäre, z. B. eine Urkunde, und bei gesetzlichen, denn auch diese sind nicht ausgeschlossen, die Thatsache dieselbe, wie dann, wenn Zwei Geld zur Wiederherstellung eines Hauses herschießen, oder es sind mehrere Eigenthümer eines verpachteten Grundstücks.

Für die nicht gleichzeitige Verpfändung gelten nemlich von den nachher unter a. und b. gedacht werdenden Fällen[3]) nur die Grundsätze von der Rangfolge zwischen den mehreren Pfandgläubigern; von dem unter **2.** aber die dort vorgetragenen auch, und nur die mögliche Gleichzeitigkeit veranlaßte in diesem Paragraphen eine besondere Erwähnung. Es ist also hier eine Gleichheit des absoluten Rangs der zusammentreffenden Pfandrechte gedacht, und es kommt nur auf deren Theilnahme am Pfandgegenstande an; deshalb versteht sich ebensowohl, daß die bevorzugten, auch im Fall gleichzeitiger

---

1) S. Glück XIX. S. 315. *Donell.* l. l. p. 520.

2) Eine Ausnahme würde z. B. der Fall bilden, wenn der Schuldner Mehreren nicht gleichzeitig, aber von einem bestimmten Termine an verpfändet, der also mit zu Nr. 1. gehört.

3) Beide fallen überhaupt dann zusammen, weil dann der Unterschied zwischen schlechthin und in solidum verpfänden gar nicht vorkommt.

Bestellung mit andern, ihren Rang behaupten, als daß, wenn mehrere bevorzugte gleichzeitig bestellt werden, für diese die in diesem §. vorgetragenen Regeln gelten.

Wie das Pfand nun hier Jedem haften solle, das hängt zunächst von der ausgesprochenen Bestimmung der Contrahenten ab, und, wenn es an einer solchen mangelt, von der in Gemäßheit der zu vermuthenden Absicht geschehenden Auslegung des Geschäfts. Allgemeine Regel ist, daß mehrere Pfandgläubiger, die es gleichzeitig geworden, gleiche Rechte haben[1]). Diese gestaltet sich für die Anwendung auf die beiden[2]) möglichen Arten gleichzeitiger Bestellung so:

a. Ist die Sache Mehreren schlechthin, d. h. ohne nähere Bestimmung verpfändet, wie sie haften solle, so wird das Pfand gemeinschaftlich, d. h. es haftet Jedem nach Verhältniß der Größe seiner Foderung, nicht nach Kopftheilen[3]); die Größe muß aber danach bestimmt werden, wie sie sich zu der Zeit verhält, wo das Pfandrecht geltend gemacht wird, nicht gerade wie zur Zeit der Pfandbestellung[4]).

---

1) Fr. 20. §. 1. *de P. A.* — Si pluribus res simul pignori detur, aequalis omnium caussa est. (PAUL. 29. *ad Ed.*)

2) Denn die Verpfändung nach Theilen, pro partibus, gehört hier darum nicht her, oder bedarf darum keiner besondern Erwähnung, weil dann jedes Pfandrecht für sich an seinem wenn auch nicht physisch abgesonderten, doch schon bestimmt begränzten Gegenstande besteht, und jeder von mehreren Pfandgläubigern in Ansehung des ihm nicht verpfändeten Theils, wenn er ihn mit dem ihm verpfändeten zusammen besitzt, wie jeder dritte Besitzer erscheint; er kann daher selbst mit der hypothekarischen Klage auf dessen Abtretung belangt werden, s. Fr. 10. *de Pignorib.*

3) Daß hierin übrigens keine Theilbarkeit des Pfandrechts liege, ergiebt sich daraus, wenn man bedenkt, daß dasselbe als ein untheilbares an dem Theile für jede einzelne Foderung besteht.

4) Das Gegentheil findet sich bei Glück a. a. O. S. 318. gelehrt, allein es ist klar, daß das Pfand für die ganze Schuldsumme aus der Obligation haften soll, woraus eine solche künftig erwächst, und dann ist ja auch in den Gesetzen ausdrücklich von quantitas *debiti* die Rede, s. Fr. 16. §. 8. *de Pignorib.* — Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quaeritur? Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum. Sed uterque, si cum possessore agat, quemadmodum? utrum de parte quisque, an de toto, quasi utrique in solidum res obligata sit? Quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim, sed si simul illi et illi, si hoc actum est, uterque recte in solidum aget; si minus, unusquisque pro parte. (MARC. *l. l.*)

Es kann mithin jeder die hypothekarische Klage in Betreff des ihm verpfändeten Antheils auch wider Andere, denen das Pfand antheilsmäßig haftet, anstellen, und erscheint als ausschließlicher Gläubiger; der Antheil am Pfande folgt aus der Berechnung von selbst, und danach richtet sich auch der Besitz, welcher durch die Klage erlangt wird [1]). — Die Entscheidung eines solchen Falles ist daher leicht und einfach.

b. Es wird Mehreren dieselbe Sache in solidum verpfändet, d. h. in ihrem ganzen Umfange. Soll dies geschehen, so gehört dazu eine ausdrückliche Beabredung [2]). Hier hat keiner ein Vorrecht vor dem andern, sondern es entscheidet zwischen ihnen zunächst der Besitz. Während nun keiner dem andern das Pfand durch die hypothekarische Klage entwinden kann, steht sie jedem wider Dritte in solidum zu.

Da auch gemeinschaftliche Foderungen, soweit sie theilbar sind [3]), ipso jure zwischen den Interessenten getheilt sind, so sind, wenn für sie ein Pfandrecht in solidum bestellt ist, eigentlich ebensowohl soviel verschiedene Pfandrechte als Foderungen vorhanden, wie wenn für verschiedene Foderungen mehrerer Gläubiger ein gemeinschaftliches Pfandrecht bestellt ist.

Das Rechtsmittel, dessen sich die Gläubiger dann wider einander bedienen, um die Theilung des Pfandes zum Behuf der Ausübung ihrer Rechte herbeizuführen, ist die Theilungsklage [4]), diese gewährt dem Nichtbesitzenden den

---

1) Denn es kann keinem Zweifel unterworfen sein, daß hier der Schluß von Fr. 10. *eod.* zur Anwendung kommt, weil die Sache sich gleich bleibt.

2) Fr. 10. *de Pignoribus.* — Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur, inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem, dabitur enim possidenti haec exceptio: si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset. Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem apprehendant singuli. (ULP. 73. *ad Ed.*)

3) S. **Bucher** Recht der Foderungen S. 126 ff.

4) Fr. 7. §. 6. *Communi divid.* — Si duo sint, qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse,

Besitz oder Bezahlung, und führt, wenn beide im Besitz sind, und einer nicht verkaufen will, da es keiner ohne den andern kann, zum Verkauf. Die Theilungsklage ist in diesem Fall eine analoge [1]).

Ein besonders zu beachtender Fall entstehender Gemeinschaft des Pfandrechts ist der der Beerbung des Pfandgläubigers durch Mehrere. Alsdann theilt sich zwar die persönliche Klage auf die Foderung (wenn diese überhaupt theilbar ist, s. S. **446.**) zwischen den Erben ebenfalls nach Maaßgabe der erbschaftlichen Verhältnisse ipso jure (s. S. **18.**), allein das Pfand haftet jedem insgesammt [2]). Auch hier ergreift die Theilungsklage zwischen dem besitzenden und nicht besitzenden Gläubiger-Erben Platz; zur Erbtheilungsklage wird das Pfand nur mit der Erbschaft gezogen [3]). Wir begleiten die Beweisstelle **Fr. 29.** *Familiae erciscundae* mit deren Uebersetzung, weil sie mannigfaltig mißverstanden worden, und ebenso schwierig als bedeutungsvoll ist, auch den Cujacius zu dem ganz eigenen Irrthum verleitet hat, daß der Pfandbesteller mit der Pfandgegenklage zur Rücknahme des Pfandes und zur Bezahlung der Schuld genöthigt werden könne (S. **255.**).

Si pignori res data defuncto sit, dicendum est, in familiae erciscundae ju-	Eine dem Erblasser verpfändete Sache kommt bei der Erbtheilung in Betracht; aber der,

---

utile communi dividundo judicium dari. (ULP. 20. *ad Ed.*) — §. 12. *eod.* — Inter eos, qui pignori acceperunt, talis divisio fieri debet, ut non vero pretio aestimetur pars, sed in tantum duntaxat, quantum pro ea parte debetur, et adsignetur quidem pignus uni ex creditoribus, licentia tamen non denegetur debitori, debitum offerre, et pignus suum luere. Idemque dicitur, et si possessor pignoris litis aestimationem pigneraticia in rem agenti offerat. (ID.)

1) S. bes. *Cujacii* Comment. ad leg. d. Opp. T. VII. p. 549 sq.

2) C. 1. *Si unus ex pluribus heredibus.* — Manifesti et indubitati juris est, defuncto creditore multis relictis heredibus, actionem personalem inter eos lege XII. Tabular. dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri. Coll. C. 6. *Famil. ercisc.* und Fr. 11. u. 14. *de Distract. pign.*

3) S. Wening a. a. O. Th. III. S. 347. Walett a. a. O. Th. III. §. 1097. Glück XI. S. 120. — Fr. 44. pr. *Famil. ercisc.* giebt den Ausschlag zwischen den verschiedenen abweichenden, beschränkenden und unterscheidenden Meinungen. S. vor Allen *Cujac.* Comm. ad Fr. 1. Famil. ercisc. Opp. T. VII. p. 486. E.

dicium venire, sed is, cui adjudicabitur, in familiae erciscundae judicio pro parte coheredi erit damnandus, nec cavere debet coheredi, indemnem eum fore adversus eum, qui pignori dederit: quia pro eo erit, ac si hypothecaria vel Serviana actione petitae litis aestimatio oblata sit: ut et is, qui obtulerit, adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. Contra quoque, si is heres cui pignus adjudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est. Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit: adjudicatio enim necessaria est, emtio voluntaria, nisi si objiciatur creditori, quod animose licitus sit. Sed hujus rei ratio habebitur, quia quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procurato-

welchem sie eigenthümlich zugeschlagen worden, [er mag soviel gegeben haben, wie da wolle,] muß kraft der Erbtheilungsklage seinem Miterben die Hälfte [des Gebotes] herausgeben [mehr und weniger nicht], und letzterer braucht dem Ersteher dafür keine Sicherheit zu bestellen, daß er gegen den Verpfänder insofern sicher sein solle, daß ihm dieser nicht etwa nur die Hälfte anzubieten brauche, weil der Fall ebenso zu beurtheilen ist, wie, wenn bei erhobener hypothekarischer Klage die Streitwürderung angeboten worden ist, indem auch der, wer dies gethan, wider den Vindicanten [wenn er ihm nur die Hälfte der ganzen Schuld anbieten wollte] mit der Einrede [der Arglist] geschützt werden muß. Dagegen muß der Ersteher wider des Schuldners Willen gehört werden, wenn er fodert, daß ihm der Pfandbesteller das Ganze, wofür er das Pfand erstanden, zurück erstatten solle. Anders verhält es sich beim freiwilligen Kauf des andern Pfandantheils, denn das Zuerkennen ist die Folge der Nothwendigkeit, der Kauf aber des freien Willens; es müßte ihn denn der Vorwurf treffen,

rem egisset, et ejus quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori (PAUL. 23. *ad Ed.*).

er habe absichtlich die Sache zu einem hohen Preise erstanden. Der Grund davon ist der, weil angenommen wird, daß der Gläubiger wie ein Geschäftsbesorger des Schuldners gehandelt habe, und darum hat der Gläubiger dessen wegen, was er um der Nothwendigkeit willen aufgewendet hat, auch natürlich eine Klage.

Zur Erläuterung des letzten Satzes im Sinne dieser Uebersetzung, ist noch hinzuzusetzen, daß, wenn der Ersteher mehr gegeben hat, als die ganze Schuldsumme beträgt, der Verpfänder es ihm dennoch mit Berücksichtigung der gedachten Ausnahme, vermöge seiner Eigenschaft als Geschäftsbesorger, ersetzen muß; allerdings muß dazu ein Grund im Interesse des Eigenthümers vorhanden gewesen sein, z. B. damit der andere Miterbe das Pfand nicht in die Hände bekäme, sonst wäre die fragliche Eigenschaft auf ihn nicht anwendbar.

Die Zusätze zeigen schon, daß diese Stelle mit Paulianischer Dunkelheit geschrieben ist. Da die einzelnen in Folge einer solchen Theilung sich darbietenden rechtlichen Erscheinungen ganz gleicher Art sind, wenn ein gemeinschaftliches, und nicht blos, wenn ein von Mehreren ererbtes Pfand ihr unterworfen wird, so finden die einzelnen Bestimmungen dieses Gesetzes eine beiden Fällen gemeine Anwendung. Sie haben ebenso ausführliche als abweichende Erläuterungen gefunden; es wird daher nöthig, die wichtigsten von Seiten der verschieden aufgefaßten Hauptpunkte in Betracht zu ziehen.

Die Glosse versteht unter pro *parte*, sc. debiti coheredi, non aestimationis rei partem, mit Bezug auf Fr. 7. §. 12. *Communi dividundo.* Ueber die zu bestellende Sicherheit gedenkt sie einer Meinungsverschiedenheit, wem von beiden Miterben sie geschehen solle, zieht aber vor, coheredi auf den Besitzer des Pfandes zu deu-

ten. Contra bringt sie geschickt in Gegensatz zu dem, was vorher vom litis aestimationem offerens gesagt worden ist, und zu dem daher genommenen Vergleich für den Pfanderstehér, und entscheidet sich nach Anführen mehrerer abweichenden Meinungen, welche Klage gemeint sei, nur so, daß sie zwischen der Klage aus der in Folge der richterlichen Zuerkennung mitübergegangenen Hauptfoderung und der Geschäftsführungsklage die Wahl läßt, wobei sie jedoch die Pfandgegenklage ausdrücklich in Abrede stellt. Der Gegenstand der zweiten Klage (totum reddere) erkennt sie als die ganze von ihm gebotene Summe für das Pfand an[1]).

Cujacius[2]) unterwirft diese Erklärung einer ausführlichen Kritik; wir erwähnen daraus nur das, worin er verschiedener Meinung ist. Er verwirft die Annahme einer Geschäftsführung als durchaus unzulässig; denn wenn der dem andern zahlende Miterbe auch in der That durch die Zahlung für den Schuldner ein Geschäft führe, so thue er es doch zu seinem eigenen Nutzen, und nicht freiwillig, sondern in Folge einer gesetzlich bestehenden Nothwendigkeit, in keinem von beiden[3]) Fällen finde die Geschäftsführungsklage

1) Der Glosse trat im Ganzen bei *Peter Martresius*, Not. in JCt. resp. 20. (Thes. Meerm. VI. 730.)

2) Opp. T. VII. p. 551.

3) Das wird durch die dazu citirten Stellen wenigstens nicht erwiesen; 1) Fr. 25. §. 16. *Famil. ercisc.* versagt die Geschäftsführungsklage gegen den Miterben, quoniam propter suam partem caussam habuit gerendi. Allein dieser Vergleich ist unpassend; wir brauchen uns nemlich gar nicht auf eine weitläuftige Untersuchung über die Collision der Geschäftsführungsklage mit den Theilungsklagen einzulassen (s. *Vinnius* Qu. I. 37.), sondern nur darauf hinzuweisen, daß, wenn die Gesetze Jemandem die erste Klage versagen, sie dies nur thun, weil dann allemal ohne Ausnahme ein eigenes Theilhaben an der Sache vorausgesetzt wird, mithin eine Theilungsklage. Allein das ist ja beim Pfande ganz anders: wenn dies auch zum Theil dem Miterben haftet, so ist es ihm dennoch eine ganz fremde Sache, an der ihm keine pars zuständig ist, denn begreiflich ist hierher so wenig der Umstand zu ziehen, daß er partem debiti zu fodern hatte, als etwa daß ihm das pignus pro parte haftete. Das letztere ist nemlich nicht einmal wahr, das Pfand haftet ja wegen seiner Untheilbarkeit in solidum auch pro parte debiti, und daß eine pars hier angenommen wird, ist nur Folge der Erbtheilungsklage, s. o. nachher. — 2) Fr. 3. §. 10. *de Negotiis gestis* spricht aber zu allgemein aus, daß auch, wenn etwas necessitate, vel necessitatis suspicione urgente geschehen, die Geschäftsführungsklage Statt finden solle, als daß die Beschränkung auf den Fall der Officii necessitas eines Curators zulässig erschiene.

Anwendung. Er verwirft die Erklärung von totum reddere, durch sc. pecuniam; es hätte in diesem Falle heißen müssen reddi, oder repetere; die Rücknahme des ganzen Pfandes sei gemeint, wie in Fr. 7. §. 13. *Communi divid.*, und der griechische Interpret Cyrillus richtig bemerkt habe, der dem Erben eine Klage zuspreche, den Schuldner zur Auslösung und Rücknahme des ganzen Pfandes zu zwingen. Falsch sei nicht minder, daß der Pfandschuldner zur Bezahlung der ganzen Gebotssumme gehalten sei; wer mehr gebe, als die Schuldsumme betrage, der biete animose, und verliere jede Klage, sogar auf den Schuldbetrag selbst. Endlich sei durchaus irrig, die Hauptklage (aus dem Darlehn) zu verstehen, denn die stehe ihm aus dem Zwölftafelgesetz nur auf seinen erbtheilsmäßigen Antheil zu. Darum sei die Pfandgegenklage zur Erreichung jenes Zwecks sehr nothwendig.

Wir halten diese Widerlegung der Glosse für durchaus irrig [1]). Um den letzten Satz zu bestätigen, beruft Cujacius sich noch darauf: — ideo valde est illi necessaria actio contraria pigneraticia, qua consequitur solidum, quod non posset consequi principali actione ex mutuo, et ei non fuit cessa actio principalis pro parte coheredis, et cessa actione hypothecaria non videtur cessa actio personalis: alias personalis videtur esse accessio, et sequela hypothecariae actionis. Es ist S. 405 f. das Irrige der Annahme einer besondern Abtretung der hypothekarischen ohne die Hauptklage dargethan worden. Gewiß ist dieser schiefe Gesichtspunkt nicht ohne Einfluß auf Cujacius Ansicht von der Sache geblieben. Nächstdem mag ihn Cyrillus zu der Meinung veranlaßt haben, daß mit der Pfandgegenklage hier die Zurücknahme des Pfandes erzwungen, und die Schuldfoderung selbst eingeklagt werden könne; allein diese Vorstellung ist so exorbitant, daß wir ein gerechtes Befremden darüber nicht unterdrücken können, sie von Cujacius ausgesprochen zu sehen. Gewiß ist, daß, abgesehen von dem wenn auch mittelbaren

1) Cujacius ist ihr stets treu geblieben, s. Opp. T. V. p. 359.

doch ebenso sichern Beweise, daß die Natur des Pfandcontracts es ganz unmöglich macht, der Pfandgegenklage den Zweck und die Wirkung der aus dem Darlehn beizulegen, sich dafür aus den Quellen keine Stelle nennen läßt, als eben unser **Fr. 29.**, wozu es dann der Cujacischen Auslegung bedarf. Mit Recht darf man aber fragen, warum er nicht nur die Worte des Glossators der Basiliken: *ἔξεστὶ τῷ κληρονόμῳ ἀναγκάζειν καὶ μὴ βουλόμενον ἀναλάβειν τὸ ἴδιον ἐνέχυρον*, von der Klage verstanden wissen will, während sie doch gleich **Fr. 7. §. 13.** *Communi dividundo*, worauf er sich auch stützt, nur von dem Pfandbesitzer als Verklagten zu verstehen sind, sondern ihnen mehr Gewicht beilegt, als den Basiliken selbst, die so lauten: — *ἔοικε γὰρ τῷ ἐναγθέντι τῇ ὑποθηκαρίᾳ, καὶ παρασχόντι τὴν τῆς δίκης διατιμήσιν· ἔχει γὰρ παραγραφὴν καὶ εἰς ὁλόκληρον ἀγωγὴν κατὰ τοῦ χρεώστου κ. τ. λ.*, i. e. nam ei similis est, qui convenitur hypothecaria, et litis aestimationem praestitit; habet enim exceptionem, *et in solidum actionem adversus debitorem*, wo offenbar nicht die Pfandgegenklage, sondern die aus dem Darlehn oder der Geschäftsführung gemeint ist. Wohin würde denn aber ferner die Klage auf Auslösung des Pfandes, wenn diese unterbleibt, führen? Gewiß unterbleibt sie nur aus Mangel an Zahlungsmitteln. Also würde das Pfand als Hülfsgegenstand anzugeben sein, und es zu dessen Verkauf kommen. Warum soll der Gläubiger-Erbe diesen Umschweif machen, da er als Pfandgläubiger gleich Anfangs verkaufen konnte? Denn daß er dies sei, giebt Cujacius dadurch zu, daß er ihm die Pfandgegenklage ertheilt. Wer kann diese aber anders haben, als ein solcher? und warum versagt er ihm, wenn er ihn als solchen anerkennt, die hypothekarische Klage und die mit dieser hier unzertrennlich verbundene aus dem Foderungsrecht selbst? — Um den ganzen Streitstoff besser zu übersehen, ordnen wir ihn, nach unserer Ansicht so, wie sich im Leben nach der Zeitfolge die Ereignisse gestalten werden; es wird sich dabei ergeben, daß wir der Glosse im Wesentlichen beitreten.

Wenn es zu einer solchen Theilung über das Pfand kommt, wie die, von der es sich hier handelt, so ist augenscheinlich jedes Mittel einer anderweiten oder gütlichen Auseinandersetzung fehlgeschlagen. Der Theilungsrichter hat sodann zwischen den betheiligten Gläubigern ein Meistbieten zu veranstalten, und dem Bestbietenden zuzuschlagen [1]). Hier sind drei Fälle möglich: entweder wird gerade soviel geboten, wie der Schuldbetrag zusammen ausmacht, oder weniger, oder mehr. Der erste entscheidet sich dann von selbst. Der Ersteher giebt soviel heraus, als der andere Gläubiger zu fodern hat, denn höher ist dessen Antheil am Pfande nicht zu veranschlagen [2]). Ist weniger geboten worden, also wahrscheinlich das Pfand von geringem Werthe, so kann nur eine verhältnißmäßig niedrigere Summe herausgegeben werden; d. h. wenn z. B. Cajus **800** zu fodern hat, Titius **400**, und ersterer ersteht das Pfand für **600**, so zahlt er nur **200** heraus; der Ersteher würde sonst einen ganz unverhältnißmäßigen und meist unersetzlichen Schaden leiden. Er erhält ja auch selbst nicht mehr, als seinen verhältnißmäßig verjüngten Antheil; wollte man das Gegentheil annehmen, und den Ersteher zur Erlegung der ganzen Foderung an den andern nöthigen, so würde es niemals zum Meistgebot zwischen ihnen allein kommen, sondern Dritte zugelassen werden müssen [3]), und in Erwartung gleich niedrigen Gebots die Sache ganz auf Eins hinauslaufen, d. h. verhältnißmäßige Vertheilung des Gebotenen eintreten. Das Anastasische auf Foderungsabtretungen bezügliche Gesetz würde jedoch in solchen Fällen keine Anwendung leiden, weil die gesetzliche Ausnahme [4]) in Betreff der zur Erbtheilung abgetretenen Foderungen, und derer, welche Dem zu Theil werden, der den Besitz einer zur Sicherheit einer Foderung dienenden Sache sich erhalten will, mindestens analog, wo nicht unmittelbar Platz ergreift. Würde aber mehr geboten,

---

1) S. Glück XI. S. 51. u. 130.

2) Fr. 7. §. 12. *Communi divid.*

3) C. 3. *Communi dividundo.* — Ad licitationem nonnunquam etiam extraneo emtore admisso; maxime si se non sufficere ad justa pretia alter ex sociis, sua pecunia vincere vilius licitantem profiteatur.

4) C. 22. *Mandati vel contra.* Vgl. Bucher a. a. O. S. 76.

als die gemeinschaftliche Schuldfoderung beträgt, so ist die Frage, ob der Ersteher dem andern mehr herauszugeben habe, als seine Foderung zu dieser Zeit beträgt, so daß er also einen verhältnißmäßigen Zuwachs erhielte? Auch diese muß bejahet werden, wenn gleich das, was der Ersteher darüber hinaus bietet, auf seine Gefahr geht; man kann sich auch nicht auf die Worte berufen, ut non vero pretio aestimetur pars, *sed in tantum duntaxat*, quantum pro ea parte debetur, denn diese bilden nur die Regel, von der bei Theilungen ausgegangen werden soll. Das Mehrgebot wäre ja sonst nur scheinbar! denn er würde in der That nicht mehr herausgeben, als wenn das Gebot die Schuldsumme eben erreichte. Der Ersteher kann nemlich beim Mehrgebot über den gemeinsamen Schuldbetrag nur den eigenen Vortheil oder den des Verpfänders im Auge haben. Im ersten Fall, z. B. um sich durch Innebehaltung des Pfandes für eine noch andere, blos handschriftliche Foderung zu sichern, die sonst gefährdet sein würde, wird er zwar vom Verpfänder niemals Ersatz des Mehr erlangen können, denn es ist kein Rechtsgrund vorhanden, es zu fodern, sondern der Gläubiger hat hier gewiß nur die kleinere Einbuße der zu besorgenden größern vorgezogen; dessen ungeachtet muß aber das Mehrgebot als ein solcher Gewinn für die Betheiligten angesehen werden, welcher ihnen in Folge der Gemeinschaft zu Theil wird, den also nicht das Pfand aus sich hervorbringt, so daß er dem Verpfänder zu Gute käme (s. o. S. 235.). Wie nemlich, wenn sich zwei Gläubiger aus gleichem Grunde, wie dem gedachten, überbieten? Hier ist es doch handgreiflich billig und Recht, daß der Vortheil aus dem Mehrgebot beiden zu Theil werde. Ist denn aber überhaupt im Gesetz eine Hindeutung auf den Fall, daß mehr geboten worden sei? Cujacius stellt jedes den Schuldbetrag übersteigende Gebot unter den Begriff der animosa licitatio, und läßt danach jede Klage, auch die auf den Schuldbetrag, wegfallen. Daß er im letztern zu weit gegangen sei, bedarf wohl keines Beweises weiter. Allein auch das erste ist falsch. Der künftige Gesammtschuldbetrag läßt sich ja oftmals zur Zeit der Theilung über das Pfand

noch gar nicht übersehen; er kann durch vertragsmäßige Strafe, Verzugszinsen und Kosten wachsen. Wollte man entgegnen, daß sich dies künftig von rückwärtsher ergeben werde, so wäre damit immer nichts gewonnen, weil dadurch doch kein fester Maaßstab für die Gebotssumme zur Zeit des Bietens selbst erreicht würde, worauf es gerade ankommt. Wozu ferner würde der Vergleich des Erstehers mit dem Procurator, dem Geschäftsbesorger, aufgestellt, wenn nicht die Möglichkeit eines Gebotes über den Schuldbetrag angenommen wäre? Würde nicht, wenn derselbe die schroffe Gränze der animosa licitatio abgäbe, für diese ein weit bestimmterer statt dieses vagen Ausdrucks gebraucht sein? — Ehe wir hiermit fortfahren, wollen wir erst die Folgen untersuchen, welche die Hauptobligation selbst durch die Theilung über das dafür bestellte Pfand treffen. Cujacius spricht sich hierüber da aus, wo er von der Sicherheitsbestellung handelt, deren die Stelle auch gedenkt. Diese brauche der andere Gläubiger dem Ersteher nicht zu leisten; denn wolle der Verpfänder das Pfand durch die Pfandhauptklage fodern, und nicht den Antheil des Andern, welchen diesem der Ersteher hinausbezahlt hat, auch erstatten, so stehe ihm die Einrede der Arglist entgegen. Dies sei nach der Regel: cui damus actionem multo magis damus et exceptionem, ganz natürlich, indem dem Gläubiger die Pfandgegenklage auf Rücknahme des ganzen Pfandes und Zahlung der ganzen Schuldsumme zuständig sei. Aus dem Hauptdarlehnscontract könne er nicht klagen, als zu seinem Erbtheile, weil keine Foderungsabtretung vorliege; nur die accessorische Obligation des Pfandes gewähre ihm jene erste Klage und führe damit zu demselben Zweck. Habe freier Kauf Statt gefunden, so falle diese weg. Durch Zahlung an den einen Gläubiger handele der andere als procurator voluntarius des Pfandschuldners; was dem Geschäftsbesorger die Auftragsgegenklage, oder die wegen der Geschäftsführung gewährt, das sei dem Gläubiger wegen dessen, was er in Folge der Nothwendigkeit der Adjudication verlegt habe, die Pfandgegenklage, und ebenso wie wenn der erste auf eine Sache des Geschäftsherrn über Gebühr geboten habe, es auf seine

Gefahr gehe, so auch hier. — Die Anwendung des Vergleichs ist aber durch die irrige Ansicht von der Pfandgegenklage ganz verfehlt. Mit Gewißheit darf man annehmen, daß der Gläubiger soweit, als er innerhalb und bis zum Gesammtschuldbetrage geboten hat, nicht als Geschäftsbesorger und Vertreter des Schuldners handelnd betrachtet werden könne, sondern nur wenn er darüber hinausgeboten und gezahlt hat, unter gewissen Umständen. Andere [1]) legen dem Gläubiger, welchem das Pfand zuerkannt worden ist, in Folge dieses Umstandes selbst das Recht bei, die ganze Schuldsumme einzuklagen, wozu es keiner förmlichen Abtretung bedürfe. Diese Ansicht, nur schlechthin ausgesprochen, ohne näher begründet zu sein, scheint jedoch weniger auf einer rechtlichen Ueberzeugung zu beruhen, als auf einem dunkeln Gefühl des Richtigen. Dagegen gedenkt der in der Lehre von der Abtretung der Foderungen classische Rechtslehrer [2]) da, wo er die Regel, unter welche sich dieser Fall stellen läßt, daß, wer nach der Strenge des Rechts eine Schuld bezahlen muß, die gar nicht als die seinige zu betrachten ist, auf Cession der Foderung wider den wirklichen Schuldner Anspruch machen könne, und einzelne hieher gehörige anführt, des unsrigen nicht. Dennoch glauben wir, daß er hieher zu zählen, und das neu eintretende rechtliche Verhältniß folgendergestalt zu beurtheilen sei.

Wer dem Gläubiger, dem das Pfand zuerkannt wird, die Klage aus der dem frühern Theilhaber am Pfande zuständig gewesenen Hauptobligation versagt, also einen Uebergang derselben auf ihn läugnet, ist genöthigt, einen modus tollendi obligationem in der Theilung zu behaupten. Wie soll aber der gerechtfertigt werden? Daß er im Willen der Gläubiger nicht liege, wird wohl Jeder zugeben; daß ihn das Gesetz nicht wollen könne, wird auch einleuchten, wenn man bedenkt, daß es den Schuldner nicht ohne alle Veranlassung zu einem Vortheil verhelfen und den Gläubiger in Schaden wird bringen wollen; es geht ja Alles im guten

---

1) Glück XI. S. 59.
2) Mühlenbruch S. 403 ff. (412 ff. neue Ausg.)

Glauben zu. Denn der letztere würde nur ein Innebehaltungsrecht erhalten, weiter nichts. Doch spricht ihm das Gesetz eine Klage zu; welche kann das sein? — In beiden Stellen, deren wir gedacht haben [1]), wird der Gläubiger, welchem das Pfand zugeschlagen worden, mit dem Pfandbesitzer verglichen, welcher, mit der hypothekarischen Klage angegriffen, die Streitwürderung, d. h. die Gesammtschuldsumme, erlegt hat. Wir wissen von diesem, daß, wenn er im guten Glauben besitzt, wofür stets die Vermuthung spricht, und was auf den Pfandgläubiger hier uneingeschränkte Anwendung findet, der, welchen er abfindet, ihm sein Foderungsrecht abtreten müsse, welches dann das Pfandrecht begleitet (S. 423.). Zieht man nun noch den freien Wirkungskreis des Theilungsrichters in Betracht [2]), und die gesetzliche Vorschrift [3]), daß er zum Schutz der von ihm geschehenen Zuerkennungen Klagen und Einreden ertheilen soll, so folgt daraus der Schluß, daß er bei der Theilung über ein gemeinschaftliches Pfand dem Gläubiger, welcher vom andern abgefunden wird, die Abtretung seiner Hauptklage an den letztern auferlegen muß, wonach das Pfandrecht von selbst übergeht [4]). Er hat also ohne Zweifel so-

---

1) **Fr. 7. §. 12.** *Communi dividundo.* **Fr. 29.** *Famil. erciscundae.*

2) **Fr. 3.** *Famil. ercisc.* — Plane ad officium judicis nonnunquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido, aliis alia attribuat, quia et saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet. Nec tamen scilicet haec attributio illud efficit, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur, sed ut, sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio nomine agat, sive cum eo agatur, partim suo partim procuratorio nomine conveniatur etc. (GAI. 7. *ad Ed. prov.*) Denn es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß die Umstände hier zu Analogieen berechtigen.

3) **Fr. 44. §. 1.** *eod.* — Si familiae erciscundae vel communi dividundo actum sit, adjudicationes Praetor tuetur exceptiones aut actiones dando. (PAUL. 6. *ad Sab.*)

4) Diese Folgerung bleibt selbst dann ganz unverändert stehen, wenn man in dem: velit totum reddere, nicht den Sinn finden will, sc. debitorem, weil sie damit weder in einem mittelbaren noch in einem unmittelbaren Zusammenhange stände, sondern sich aus der Sache im Ganzen selbst ergiebt. Alsdann muß man freilich den Pfandbesitzer als Beklagten denken. Allein dagegen spricht das Contra; denn wo wäre der Gegensatz dazu? Wir bestehen also zwar nicht auf unsere entgegengesetzte Erklärung jener Worte, doch glauben wir, daß die Wahl für sie, auch ohne mit Ha-

wohl die Klage aus der Hauptobligation, als die hypothekarische. Allein es wird ihm noch eine Eigenschaft ausdrücklich beigelegt: die eines Geschäftsführers, und diese ist allerdings nöthig, um die Zurückfoderung des die Schuldsumme übersteigenden Betrags möglich zu machen. Freilich hängt sie von dem Umstande ab, nisi animose licitatus sit; denn dieser begründet eben jene Eigenschaft. Im Allgemeinen läßt er sich aber nicht streng näher bestimmen und begränzen[1]), sondern man darf hier auf die Grundsätze von der Geschäftsführung überhaupt verweisen. Allerdings aber kann nur die den gemeinsamen Schuldbetrag übersteigende Summe mit dieser Klage gefodert werden, nicht die des Gesammtgebotes.

Die Sicherheitsbestellung ist gegen die Pfandhauptklage gerichtet zu denken; deren soll es nicht bedürfen, weil dieselbe, wenn der Pfandeigenthümer nur den Antheil des Erstehers an der Hauptfoderung erlegen will, mit der Einrede der Arglist abgewehrt werden kann. Das ist freilich einleuchtend; eher könnte man fragen, ob nicht der, welcher seinen Antheil hinausbezahlt erhalten, für den Fall sicher gestellt werden müsse, daß ihn nicht der Schuldner in gleicher Art unter dem Erbieten zu seinem Foderungsantheile angreife. Auch er aber kann sich auf die Einrede der geschehenen Theilung und der seinem Miterben geschehenen Zuerkennung mit Erfolg berufen, so wie auf die der Arglist[2]), weil

---

loander reddi zu lesen, nicht schwer werden wird, wenn man die gewichtigen Gründe bedenkt, 1) daß der Zusammenhang des Gesetzes im Contra augenscheinlich einen Gegensatz zu der unmittelbar vorhergehenden Einrede aufstellt, der nichts Anderes als die Klage bezeichnen kann; sodann auch in dem objiciatur nochmals den Gläubiger als Kläger bezeichnet, und endlich am Schluß ihm die Klage ausdrücklich zuerkennt; 2) daß die Basiliken ebenfalls die Klage verstanden haben; und 3) endlich, daß die aufgelöste Construction: Contra quoque, is heres, cui pignus adj. est, audiendus est, si, licet debitor nolit, totum reddere velit, doch das Suppliren, sc. debitorem, gar nicht erzwingt.

1) Selbst das freilich allemal erfoderliche Interesse des Pfandeigenthümers ist dazu nicht geeignet, weil dessen Begriff wieder zu weit und zu unbestimmt ist.

2) Es wird nemlich diese mit Recht auf den Schlußsatz von Fr. 3. *Famil. ercisc.* gestützt: — Nam licet libera potestas maneat creditoribus cum singulis experiundi, tamen et his libera potestas est, suo loco substituendi eos, in quos onera actionis *officio judicis* translata sunt.

sie sich nicht eigenmächtig in ihre gegenwärtige Lage gebracht haben, sondern durch den richterlichen Ausspruch und eine rechtliche Nothwendigkeit dahin gekommen sind. Dasselbe gilt für solche mit der Pfandhauptklage geltend zu machende Verpflichtungen, welche bereits gegen den Erblasser bei seinen Lebzeiten erwachsen waren, wenn sie bei der Theilung Einer übernommen hat; ist dies nicht geschehen, so folgt der desfallsige Anspruch dem Pfandbesitz so wenig, wie wenn ein nicht ererbtes, sondern Zweien in solidum bestelltes Pfand zur Theilung gebracht und einem zugeschlagen worden ist, weil derselbe nur ein persönlicher ist.

Um sich in ein sicheres und festes Verhältniß mit dem Schuldner zu setzen, wird übrigens der Gläubiger, welchem das ganze Pfand zuerkannt worden ist, wie bei der gewöhnlichen Foderungsabtretung, sich dessen durch die Anzeige an jenen versichern müssen, weil dieser ihm sonst, wenn er dem andern Mitgläubiger Zahlung seiner Foderung erlegt und dieser sie (also zum zweiten Male) angenommen hat, das ganze Pfand durch das Angebot seines Foderungstheiles entwinden kann.

Dem Erwerb des Pfandrechts durch eine solche gesetzliche Nothwendigkeit setzt das Gesetz den durch Kauf der Foderung, also Cession, ausdrücklich entgegen. Ueber diesen und die Pfandhauptklage in solchem Fall s. u. §. **59. II.** u. §. **62. I.** Dagegen versteht sich, daß jeder Gläubiger auch vor der Theilung seinen ideellen Antheil am Pfande (s. S. **446** f.) verkaufen kann; dann tritt der Käufer in die Gemeinschaft, aber als Eigenthümer.

II. Wird von Mehreren Jedem dieselbe Sache nur zu einem gewissen Theile verpfändet [1]), so hat die größte Aehnlichkeit mit dem Pfandrecht an einem einzelbestimmten Gegenstande Statt; denn es wird jedem Gläubiger dann sowohl wider den andern eine analoge hypothekarische Klage ertheilt, als wider dritte Personen, um den antheilsmäßigen Besitz am Pfande zu erhalten, so wie analog das Salvianische In-

---

1) Fr. 10. *de Pignoribus*, s. S. 446. (2.)

terdict [1]). Diese Gemeinschaft kann ebenfalls durch die Theilungsklage aufgehoben werden, wonach dann dieselben Grundsätze, wie vorher gedacht worden, eintreten [2]). — Auch hier kann jeder seinen Antheil am Pfande verkaufen, nicht aber einseitig das Ganze.

Daß übrigens alle zusammentreffende Pfandgläubiger in allen, in diesem Parapraphen behandelten Fällen ihre pfandrechtlichen Befugnisse in gemeinschaftlicher Uebereinstimmung ausüben können, versteht sich ohne weitere Bemerkung. Verpflichtungen des einen, welcher dann etwa für die andern gehandelt hat, werden nach den Umständen des Einzelfalles mit der Gemeingutstheilungs-, der Gesellschafts-, Auftrags- oder Geschäftsführungsklage gegen ihn geltend gemacht, wie er selbst seine Ansprüche wider sie mit denselben Klagen verfolgt. — Vereinnahmte Kaufgelder werden nach den Antheilen getheilt, den jeder Gläubiger bei der Pfandbestellung erhalten hat, oder, wenn dies unterblieben ist, nach Maaßgabe der Größe seiner Foderung.

§. 50.

Vom Umfang des Pfandrechts in Bezug auf seinen Gegenstand.

Der Umfang des Pfandrechts in seiner rechtlichen Möglichkeit hat mit dem steigenden Nationalverkehr bei den Römern den ganzen Weg von der Mancipatio sub fiducia einer einzelnen Sache bis zur Verpfändung des gesammten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens einer lebenden Person zurückgelegt [3]). Die Bestimmung des Umfanges der Rechte nach Verschiedenheit des Pfandgegenstandes ist nebst der Entwickelung der innern Natur des Pfandrechts der wichtigste Theil desselben.

---

1) Fr. 1. §. 1. *de Salv. Interd.* s. u. §. 60.

2) Auch hierher nemlich ist Fr. 7. §. 12. *Comm. divid.* zu ziehen, vergl. Gesterding S. 244.

3) Roßhirt in seiner Zeitschrift Bd. I. S. 3 ff.

Der Umfang des Pfandrechts kommt nach dessen Gegenständen in einen dreifachen Betracht, je nachdem eine einzelne Sache, oder mehrere als solche, eine Mehrheit von Sachen gleicher Art, oder ein Inbegriff von Sachen verschiedener Art, welche dieser rechtlich als eine einzelne erscheinen läßt, oder ein Vermögen, d. i. der Gesammtinbegriff aller gegenwärtig und künftig einer gewissen Person gehörigen Sachen, verpfändet ist. Hier zeigt sich zwar gleich von vornherein ein Unterschied zwischen der obligatio speciei, und der quae fit in genere, da jene entschieden auf etwas Individuelles gerichtet, und die Species stets durch ihr körperliches Verhältniß bezeichnet ist; dessen ungeachtet aber ist er nur formell und kann blos ausnahmsweise wesentliche Wirkungen äußern, weil, sobald es zur Ausübung des Pfandrechts kommt, doch auch die Individualität jeder der mehreren einzelnen in dem Gesammtbegriff enthaltenen Sachen in den hauptsächlichsten Betracht fällt, wogegen dieser in der Regel verschwindet, oder in den Hintergrund tritt. Doch darf damit der Unterschied des Specialpfandes und des Generalpfandes in seinem neuern und heutigen Begriff nicht in Verbindung gesetzt werden; er stellt das Pfandrecht an dem ganzen Vermögen eines Lebenden jedem andern strenge entgegen, während die einzelne Sache, wenn sie haftet, bei dem einen wie beim andern, nach gleichen Grundsätzen beurtheilt wird. Wir sprechen zunächst von diesen, und setzen das allgemeine Pfandrecht zum folgenden Paragraphen aus.

Jede in eine Pfandverbindlichkeit begriffene Sache, sie gehöre Einem oder Mehreren, sei eine oder mehrere einfache, oder zusammengesetzte [1]), wird durch das Pfandrecht in ihrem gesammten Umfange, wie in ihren einzelnen Theilen sammt allem Zubehör, und was sie hervorbringt, so lange dasselbe noch als solches vorhanden ist, ergriffen; allgemeiner Grund dafür ist die Annahme eines stillschweigenden Vertrages dieser Ausdehnung [2]). Im Besondern ist für Einzelnes Folgendes zu bemerken.

---

1) *Mühlenbruch* l. l. §. 223. pr.

2) C. 3. *In quibus caussis pignus.* — Quamvis fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione

Für die Früchte eines Pfandes ist zuvörderst von Wichtigkeit, ob, da sie auch allein, oder mit der fruchttragenden Hauptsache zugleich verpfändet werden können, dies geschehen sei, oder nicht. Im ersten Falle würden sie nur gleich andern Sachen haften, und nur dann eine Ausnahme gelten, wenn die allgemeinen Grundsätze von den Früchten deren Foderung von dem, der sie gezogen, dem zur Hauptsache Berechtigten verbieten, also das Recht zur Gewinnung der Früchte stärker ist, als das Pfandrecht [1]). Danach ist also der dritte Besitzer guten Glaubens eines Pfandes zur Herausgabe der verzehrten Früchte nicht gehalten, sondern blos zu der der noch vorhandenen und der von der Litiscontestation an gewonnenen; der Besitzer im schlechten Glauben dagegen muß alle von ihm gewonnenen Früchte herausgeben, wie dem Eigenthümer, ebenso jeder andere Besitzer, und der Schuldner selbst. Die Verhaftung der Früchte ist dann also keine blos zur Aushülfe bestimmte, sondern eine hauptsächliche.

Sind hingegen die Früchte des Pfandes nicht besonders verpfändet, so muß der Besitzer im schlechten Glauben zwar alle gezogenen, auch nicht mehr vorhandenen Früchte herausgeben, jeder andere Besitzer braucht aber gleich dem Schuldner selbst nur die noch vorhandenen, so wie die von der Litiscontestation an gewonnenen, und welche diesen gleichgeachtet werden, herauszugeben [2]). Die Haftung ist jedoch nur eine

---

esse, praedia tamen quae emuntur ex fructuum pretio, ad eandem caussam venire, nulli prudentium placuit. (*Alex.*)

1) S. Roßhirt a. a. O. S. 8.

2) Fr. 1. §. 2. *de Pignoribus.* — Quum praedium pignori daretur nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit; eos consumtos b. f. emtor utili Serviana restituere non cogetur; pignoris etenim (zwar) caussam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur; quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt. (PAP. 11. *resp.*) Ueber die Erklärung dieser Stelle s. Hepp in der A. L. Z. von 1832. S. 528., dem ich bis auf den Schluß S. 531. beistimme. — Fr. 16. §. 4. *eod.* — Interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex, ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim si minoris sit praedium quam debetur? — Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronunciare, nisi extent et res non sufficit. (MARC. *l. l.*)

zur Aushülfe, wenn das Hauptpfand nicht auslangt [1]). — Es gehören hierher auch die Jungen des Viehes, und die

---

1) Es waltet hier zwischen Fritz a. a. O. S. 422. und *Mühlenbruch* l. l. §. 319. (3.) eine Meinungsverschiedenheit vor; der Letztere unterscheidet nemlich bei den Früchten, welche man nur wegen Verpfändung der Hauptsache soll ansprechen dürfen, wer (d. h. ob der Verpfänder und sein Erbe,) sie gezogen habe, nicht aber bei ausdrücklich verpfändeten; Fritz hingegen will nach Fr. 16. §. 4. *de Pignor.* für den Besitzer der blos verpfändeten Hauptsache keinen Unterschied machen, sondern für die ausdrückliche Verpfändung der Früchte unterschieden wissen, ob sie bei der Aberndtung an den Verpfänder und seinen Erben, oder an Dritte fallen. — Wir haben unsere Meinung auf den in den Gesetzen klar angedeuteten Unterschied der bona fides gegründet. Denn dem Besitzer im schlechten Glauben können auch die gezogenen und verbrauchten nicht gelassen werden, und da sie, respective die Streitwürderung, der Eigenthümer von ihm würde fodern können, so sind sie für den Pfandgläubiger noch extantes, wenn res non sufficit, und dieser Grund bleibt sich gleich, die Verpfändung der Früchte sei eine ausdrückliche oder nicht. Fritz hat, ferner, zwar Recht, wenn er nach Fr. 16. §. 4. *de Pignoribus* keinen Unterschied macht, ob, sobald die Früchte als Accessorien haften, dieselben der Verpfänder und sein Erbe noch in Händen habe, oder ein Dritter, (Besitzer guten Glaubens,) da jene Stelle weder des einen, noch des andern gedenkt, und also eine allgemeine Anwendung bis auf die gesetzlich sich verstehende Ausnahme des m. f. possessor (daher eben unsere Unterscheidung auch hier) erfodert und begründet; — allein auf der andern Seite muß man Mühlenbruch wieder beistimmen, wenn er für die ausdrücklich verpfändeten Früchte keinen Unterschied des Erwerbes bei der Aberndtung macht, wie Fritz, sondern nur deren caussa jam apud debitorem nata erwähnt, und daß sie nicht bona fide verzehrt sein dürfen, weil die Verpfändung der Früchte in diesem Fall nach den Grundsätzen zu beurtheilen ist, die wir für deren Gültigkeit und Wirksamkeit überhaupt aufgestellt haben (s. §§. 19. 44.), und sie von jedem nachmaligen Besitzer vindicirt werden können, und nicht gerade beim Verpfänder oder seinen Erben abgeerndtet zu sein brauchen. Allerdings aber kann nun die angegebene Bedingung der caussa jam nata insofern entscheidend wirken, daß, wenn die Früchte allein verpfändet worden, die, deren caussa noch nicht nata war, gar nicht Pfandgegenstand sind, möglicher Weise dies also beim Verpfänder selbst nicht werden; wenn hingegen ein Grundstück mit den Früchten verpfändet wird, nur die bereits auf dem Halm stehenden ausdrücklich verpfändet sind, nicht die zweit- und drittjährige Erndte, die erst gesäet (u. s. w.) werden muß. Mit Obst und Wiesen würde das Gegentheil gelten, weil für deren Ertrag eine regelmäßige Nothwendigkeit in ihrer Natur liegt. Würde nun das Grundstück von einem b. f. emtor erworben, und z. B. nach dreijähriger Frist vom Gläubiger in Anspruch genommen, so würde er vom etwanigen vorhandenen Vorrath sämmtlicher Erndten: 1) das Korn des ersten Jahres, 2) Obst und Heu von allen Jahrgängen vermöge des ausdrücklich bestellten Pfandrechts (also principaliter) herausgeben müssen, dagegen alles Verzehrte behalten, die zweite und dritte Kornerndte aber als Zubehör der Hauptsache (also subsidiarisch) ausantworten. Der m. f. possessor muß alles Gewon-

Kinder der Sclaven [1]), wenn sie Eigenthum des Verpfänders geworden sind, so wie die Zinsen von verpfändeten Foderungen.

Zum Inbegriff des Pfandes gehören ferner seine s. g. Accessionen, auch die später hinzugekommenen, und Vermehrungen jeder Art, wie Anschwemmungen an Grundstücke [2]), wirklicher Zubehör [3]) und Pertinenzstücke [4]), mithin sowohl der Garten zum verpfändeten Hause, als das später im verpfändeten Garten erbauete Haus, zum Pfande gehörige Rechte, wie Dienstbarkeiten (s. o. S. **131.**) und solche, welche davon getrennt gewesen, aber dazu zurückkehren, wie der Nießbrauch [5]).

Dagegen haftet weder das, was für das Pfand erworben und angeschafft worden [6]), noch was nur vorübergehend damit verbunden oder in Zusammenhang gebracht [7]),

---

nene u. s. w. herausgeben, und soweit es nicht ausdrücklich verpfändet ist, als Zubehör. — Das freilich versteht sich von selbst, daß, was von den Früchten nicht vermöge ausdrücklicher Verpfändung, dennoch zufolge der Verpfändung der Hauptsache als Zubehör haftet, also natürlich dann nicht, wenn die Hauptsache gar nicht verpfändet ist.

1) Fr. 29. §. 1. *eod.* Dem steht Fr. 1. pr. *de Salviano Interd.* u. *Pauli* Sent. recept. II. 5. 2. entgegen, weshalb nichts übrig bleibt, als eine Antinomie zuzugeben, welche man sich von den Sclavenkindern gefallen lassen kann; s. Hepp a. a. O. S. 527. Uebrigens kann man die erste Stelle durch C. 1. *de Partu pignoris* als abolirt betrachten. Vgl. *Don.* p. 467.

2) Fr. 16. pr. *de Pignor.* — Si fundus hypothecae datus sit, deinde alluvione major factus est, totus obligabitur. (MARC. *l. s. l.*) *Donell.* l. l. p. 465.

3) Das Haften dieser nach Trennung von der Hauptsache ist in der Regel quaestio facti; s. Strombeck Entscheid. IX. S. 101.

4) Fr. 21. *de P. A.* — Domo pignori data et area ejus tenebitur, est enim pars ejus; et contra jus soli sequetur aedificium. (PAUL. 6. *Brev.*) — Anders war es mit den Sondergütern der Sclaven: Fr. 1. §. 1. *de Pignoribus.* — Servo pignori dato peculium ejus creditor citra conventionem specialiter super eo conceptam frustra distrahit, nec interest quando servus domino peculium acquisierit. (PAP. 11. *resp.*)

5) Fr. 18. §. 1. *de P. A.* — Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus qui postea accreverit, pignori erit; eadem caussa est alluvionis. (PAUL. 29. *ad Ed.*)

6) Fr. 7. §. 1. i. f. *Qui potiores.* (S. 397.) C. 3. *In quibus caussis pignus.* (S. 461.)

7) Fr. 7. §. 1. *In quibus caussis pignus.* (S. 293.) Fr. 32. *de Pignoribus.* — Debitor pactus est, ut quaecunque in praedia pignori data, inducta, invecta, importata, ibi nata paratave essent, pignori essent; eorum praediorum pars sine colonis fuit, eaque actori suo colenda debitor ita

noch was aus dem Ertrage des Pfandes gekauft, oder auf irgend eine Weise so erworben worden, daß jener selbst dafür hingegeben ward [1]), noch der Kaufpreis eines verkauften Pfandes, oder das durch Tausch erworbene, noch die aus einem Pfande durch Umgestaltung neu entstandene Sache, wenn dies nicht ausdrücklich ausgemacht ist [2]). Doch ist dies nur von beweglichen Sachen zu verstehen; die Umgestaltung oder Veränderung einer unbeweglichen Sache ist für das Pfandrecht völlig gleichgültig [3]).

Alles dieses findet auch auf eine verpfändete Mehrheit von Sachen gleicher Art, pignus generis von den Neuern genannt [4]), (z. B. wenn Jemand alle seine Schaafe, seine Pferde, Grundstücke u. s. w verpfändet,) und auf einen Gesammtinbegriff solcher nicht verbundenen Sachen, die in mehrfacher rechtlicher Hinsicht einer einzelnen Sache gleichstehen, pignus universitatis facti oder rerum genannt, (z. B. Heerden, Waarenlager, Bibliotheken,) Anwendung [5]), soweit nicht die folgende nähere Erörterung über sie das Gegentheil lehrt. An beiden Arten von Sachen sind die Pfandrechte insofern einander gleich, daß sie sowohl an dem Ganzen, d. h. dem Inbegriff der mehreren darin enthaltenen einzelnen Sachen Statt finden, wie an diesen als individuell bestimmten selbst. Daraus folgt, daß alle jemals zu jener Mehrheit kommende dem Verpfänder gehörig werdende

---

tradidit, assignatis et servis culturae necessariis; quaeritur, an et Stichus villicus et ceteri servi ad culturam missi, et Stichi vicarii obligati essent? Respondit, eos duntaxat, qui hoc animo a domino inducti essent, ut ibi perpetuo essent, non temporis caussa accommodarentur, obligatos. (SCAEV. 5. *resp.*)

1) Fr. 7. §. 1. *Qui potiores.* C. 3. *d.*

2) Fr. 18. §. 3. *de P. A.* — Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignoris Cassius ait, quia aliud sit materia, aliud navis, et ideo nominatim in dando pignore adjiciendum esse ait: quaeque ex silva facta natave sunt. (PAUL. 29. *ad Ed.*)

3) Fr. 16. §. 2. *de Pignoribus.* — Si res hypothecae data postea mutata fuerit, aeque hypothecaria actio competit, veluti de domo data hypothecae et horto facta; item si de loco convenit, et domus facta sit; item de loco dato, deinde vineis in eo positis. (MRC. *l. s. ad f. hyp.*) cf. Fr. 29. §. 2. *eod.* (S. 248.)

4) S. Mühlenbruch in Doctr. Pand. §. 306. und im Archiv für civilistische Praxis Band XVII. S. 371 ff. Walett Pand. §. 321.

5) *Donell.* l. l. p. 464.

Sachen, mit in die Pfandverpflichtung treten [1]); wie bei gänzlich veränderten und erneuerten Theilen der Begriff des Ganzen dennoch fortdauert, so besteht auch das Pfandrecht fort [2]), es müßte denn die Pfandbestellung so ausgedrückt sein, daß die später hinzukommenden Sachen nicht darunter begriffen werden können [3]). Es werden ferner alle einzelnen Sachen des Begriffsganzen vom Pfandrechte so ergriffen, daß sie der Gläubiger von jedem Besitzer in Anspruch nehmen kann. Eine Ausnahme hiervon kann nur durch die ausdrückliche Bestimmung begründet werden, daß das Pfandrecht nur am Ganzen, wie an einem einzigen Körper, haften solle [4]). Diese wird durch stillschweigende Vermuthung allemal bei der s. g. taberna pignerata angenommen, d. h. hier [5]) ein jedes Behufs eines Handelsbetriebes dergestalt aus mehreren einzelnen Sachen zusammengesetztes Begriffsganze (auch collectives Ganzes genannt) [6]), daß der Verkauf derselben im Einzelnen als Zweck der Zusammensetzung ebensowohl als gestattet, wie die Wiederanschaffung anderer zum gleichen Ende vorausgesetzt erscheint; hier ist also beim Pfande die Fortdauer des Ganzen abgesehen von den einzelnen Theilen angenommen [7]). Dahin gehören nun Läden, Waaren-

---

1) Fr. 13. pr. *de Pignoribus.* — Grege pignori obligato, quae postea nascuntur, tenentur; sed etsi prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur. (MARC. *l. l.*)

2) *Mühlenbruch* l. l. §. 223. (1. 12.)

3) Fr. 26. §. 2. *eod.* — Lucius Titius praedia et mancipia, quae in praediis erant, obligavit, heredes ejus praediis inter se divisis illis mancipiis defunctis alia substituerunt, creditor postea praedia cum mancipiis distraxit; quaeritur an ipsa mancipia, quae sunt modo in praediis constituta hoc est in hypothecis, emtor vindicare recte possit? Modestinus respondit, si neque pignerata sunt ipsa mancipia, neque ex pigneratis ancillis nata, minime creditoribus obligata esse. (MOD. 4. *resp.*)

4) *Mühlenbruch* l. l. §. 306.

5) S. Zimmern in der Zeitschrift Bd. I. S. 50.

6) Glück XVIII. S. 229.

7) Fr. 34. *de Pignoribus.* — Quum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur, et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, quum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? Respondit, ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa

magazine und Gewölbe, aus denen verkauft wird, und unter gleichen Umständen auch andere Begriffsganzen, d. h. wo Wechsel der einzelnen Theile im Wege des Handels= und Geschäftsbetriebes durch Kauf und Verkauf Zweck ist; also nach Gelegenheit auch Heerden, Koppeln.

Ganz ähnlich dem Pfandrecht an einer Taberna ist das gesetzliche des Vermiethers an den hineingeschafften und gebrachten Sachen des Miethers; denn es werden zunächst die Gegenstände des Pfandrechts als solche in Anspruch genommen, welche sich zur Zeit der Ausübung des Pfandrechts als solche darbieten [1]).

Die vorstehenden Lehrsätze sind ohne alle Einmischung dogmatischer Untersuchungen aufgestellt worden, welche die Rechtslehrer zu sehr verschiedenen Meinungen geführt haben, sondern nur als Resultat derjenigen, welche wir für die richtigen erkannt haben [2]). Es sollen daher jene für sich berücksichtigt werden.

Zuerst ist die Frage, ob bei einer verpfändeten universitas facti auch die Sachen, welche erst nach der Verpfändung hinzugekommen sind, verpfändet seien, theils bejahet, theils verneint worden [3]). Die Bejahung muß aber nicht, oder wenigstens nicht blos, aus einem stillschweigend erklärten Willen der Contrahenten gefolgert werden, sondern aus der Natur der universitas selbst, die in ihren einzelnen Theilen dem Wechsel unterworfen ist, und doch dieselbe bleibt [4]), mithin, wenn das Gegentheil angenommen werden sollte,

---

sunt, pignori obligata esse videntur. (SCAEV. 27. *Dig.*)

1) Glück XVIII. S. 422. — Fr. 9. *In quibus caussis pignus.* — Est differentia obligatorum propter pensionem et eorum, quae ex conventione manifestarii pignoris nomine tenentur, quod manumittere mancipia obligata pignori non possumus; inhabitantes autem manumittimus, scilicet antequam pensionis nomine percludamur; tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus; et derisus Nerva JCtus, qui per fenestram monstraverat, servos detentos ob pensionem liberari posse. (PAUL. *l. s. de off. Pr. Vig.*) vgl. *Donell.* p. 449. Diese Gleichstellung ist hin und wieder bestritten, die Widerlegung s. bei Glück S. 426.

2) Ich theile dabei gegen die Uebrigen, deren nachher Erwähnung geschehen wird, mit Zimmern a. a. O. u. Mühlenbruch l. l. unter I. 2.

3) Glück XVIII. S. 230.

4) §. 18. J. *de Legatis.* Fr. 76. *de Judiciis.*

möglicher Weise in einer Beziehung noch vorhanden sein müßte, und in anderer nicht. — Ebenso wichtig und noch mehr besprochen ist die Frage, ob der Gläubiger auch an den einzelnen Sachen der Universitas sein Pfandrecht nach deren Veräußerung geltend machen könne, die wir vorher nur für die Waarenlager, tabernae, verneint haben, wozu auch noch die s.g. universitates rerum cohaerentium, besser: zusammengesetzte Sachen genannt, gezogen werden können.

Man wird hier mit vollem Recht davon ausgehen dürfen[1]), daß, da der Grundsatz res transit cum onere Regel ist, die Ausnahmen genau zu erweisen seien. Für die Taberna (und was dazu zu rechnen ist) ist eine solche ausdrücklich anerkannt; dem Gläubiger sind die thatsächlichen Verhältnisse der einzelnen Theile seines Pfandes bekannt, und in dem gestatteten Verkehr mit ihnen liegt der Verzicht auf das Pfandrecht. Danach kann eine Heerde wie eine Bibliothek (z. B. die eines Antiquars, welcher fortwährend davon verkauft und dazu kauft,) einem Waarenlager bald gleichstehen, bald nicht. Die Beantwortung der Frage hängt also im Einzelfall von der Absicht der Contrahenten ab, da sie vielmehr eine Thatsache angeht; wenn die Absicht nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, muß der den Umständen und den Verhältnissen am meisten entsprechende Sinn angenommen werden; also je nachdem z. B. die Contrahenten die Universitas als Einheit gedacht haben, oder nicht, und ob die Veräußerung in der Natur der Sachen und der Gewohnheit, oder deren sonstigem Wechsel lag, und also vorausgesetzt werden mußte, oder nicht[2]).

Die Meinung[3]), welche das Pfandrecht an einer Universitas unter allen Umständen nur an ihr als solcher, und nicht an den in ihr enthaltenen einzelnen Sachen anerkennen, also die Veräußerung an sich zulassen und nur der Vorsicht des Gläubigers anheim geben will, sich durch selbstständig zu treffende Maaßregeln zu helfen, und welche dem von der ent-

---

1) Zimmern a.a.O.

2) S. Roßhirt a.a.O. S. 11.

3) Warnkönig's im Archiv Bd. XI. S. 197. nach Fr. 13. pr. u. 34. *de Pignoribus*.

gegengesetzten Ansicht aufgestellten Unterschied zugleich mit der Behauptung entgegentritt, daß, wenn ein Wechsel der Einzelsachen nicht Statt finden solle, der Begriff der universitas verschwinde, ist in mehrfacher Hinsicht unrichtig. Zunächst nemlich ist der letztere Schluß falsch, da vielmehr [1]) auch solche Begriffsganze, deren einzelne Theile nicht die Bestimmung des Wechsels haben, (z. B. die Bibliothek eines Gelehrten,) universitates sind; auch bei ihnen erstreckt sich das Pfandrecht nicht gerade blos auf die zur Zeit der Verpfändung vorhandenen einzelnen Sachen, sondern auch auf die später hinzukommenden; es müßte denn die Einschränkung durch die Verpfändung selbst (z. B. die der Bibliothek nach einem Cataloge) bestimmt begränzt sein. Dem Hauptgrunde aber steht entgegen, daß, da ein und dasselbe Begriffsganze in verschiedenen Beziehungen in Betracht kommen kann, d. h. so, daß bald der Character der universitas mehr hervortritt, bald deren einzelne Bestandtheile, namentlich bei Verfügungen über ein Begriffsganzes durch eine Handlung unter Lebenden, wenn es auch nicht gerade immer (wie beim Kauf) seinen Charakter als universitas verliert, vorzugsweise und hauptsächlich die einzelnen Stücke für die Contrahenten von Interesse, und also gemeint sind; daher muß für das Pfandrecht als Regel angenommen werden, daß alle zur Zeit seiner Entstehung im Ganzen befindliche Sachen ihm unterworfen sein sollen, weil bei der wirklichen Ausübung des Pfandrechts weit weniger das Begriffsganze als universitas, wie dessen einzelne Theile in Betracht kommen. (Der Anfang des Pfandrechts an diesen künftig hinzukommenden Theilen ist aber nach den Regeln seines Anfangs an künftigen Sachen überhaupt zu beurtheilen.)

Eine zusammengesetzte Sache (universitas rerum cohaerentium), fällt zwar vorzugsweise in ihrem Gesammtinbegriff in Betracht, weil dessen Eigenthümlichkeit weit mehr als bei andern universitates individualisirt hervortritt, allein sobald einzelne integrirende Theile und deren Trennung vom

---

1) Nach Mühlenbruch im Archiv Bd. XVII. S. 378.

Ganzen von Interesse für den Gläubiger sind, folgt es aus den allgemeinen pfandrechtlichen Grundsätzen, daß er sie auch außer dem Fall des Betruges [1]) verfolgen darf, man müßte denn jede Trennung ohne seinen Willen für betrüglich erachten, wonach aber die zufällige eine unauflösliche Ausnahme bliebe. Für das Pfandrecht ist also der Gesammtinbegriff nur als Benennung von Bedeutung, während jeder einzelne integrirende Bestandtheil durch dasselbe ergriffen wird. Das muß selbst von Gebäuden gelten, obwohl diese in mehrfacher rechtlicher Hinsicht (z. B. der Ersitzung) von andern zusammengesetzten Sachen verschieden sind, weil sich die Gründe gleich bleiben. Uebrigens ist begreiflich, daß die Frage nach den Wirkungen des Pfandrechts hier nach Beschaffenheit des Gegenstandes oftmals nur Thatsachen zum Gegenstande haben, und die richtige Würdigung dieser deren Entscheidung allein zum Grunde zu legen sein wird [2]).

Für ein Pfandrecht an einem ganzen, d. h. gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen, müssen die bisher vorgetragenen Grundsätze im Allgemeinen auch gelten, weil überhaupt alle Sachen [3]) unter die vorhergedachten Klassen fallen und ein solches Pfandrecht eigentlich nur eine Zusammensetzung aus mehreren einzelnen Pfandrechten ist [4]). Der Gläubiger kann also jede darin begriffene Sache nach Belieben [5]) angreifen, auch wenn sie einem Andern später besonders verpfändet oder veräußert worden ist, und jener sich aus andern Sachen befriedigen könnte [6]). (Eine Ausnahme wegen der dazu gehörigen Foderungsrechte s. S. 165.)

---

1) Wie Warnkönig a. a. O. S. 198. allein will.

2) Bolley Auff. I. 19. S. 321.

3) Unter das allgemeine Pfandrecht fällt auch das baare Geld, welches nachher der Schuldner erwirbt, Fr. 34. §. 2. *de Pignoribus.* — Creditor pignori accepit a debitore quicquid in bonis haberet; habiturusve esset; quaesitum est, an corpora pecuniae, quam idem debitor ab alio mutuam accepit, quum in bonis ejus facta sint, obligata creditori pignori esse coeperint? Respondit, coepisse (SCAEV. 27. *Dig.*). Nichts weiter als das, beweist diese so viel besprochene und oft gemißbrauchte Stelle, s. Hepp in Roßhirt's Zeitschrift S. 339. nach Baumbach im Archiv Bd. IV. S. 31.

4) Fr. 15. §. 1. *de Pignoribus* (s. o. S. 388.).

5) Thibaut im Archiv Bd. XVII. S. 2.

6) Fr. 2. *Qui potiores.* — Qui generaliter bona debitoris pignori

Einer besondern Vorschrift Justinians zufolge[1]) ist die frühere Streitfrage, ob einmal aus einem Gesammtvermögen mit des Gläubigers Bewilligung veräußerte, nachmals wieder dazu gekommene Sachen, wiederum in den allgemeinen Pfandverband treten, verneinend entschieden worden, und es gehören diese also zu den ausgenommenen Sachen.

Wegen seiner Gegeneinanderstellung mit dem besondern Pfandrecht bedarf es jedoch über das Vermögenspfandrecht einer ausführlichern Erörterung seines Wesens, woran wir die für dasselbe geltenden eigenthümlichen Regeln und Einzelheiten knüpfen (s. den folg. §.).

Eine neuerlich ausgesprochene entgegengesetzte Meinung vor Augen habend[2]), bemerken wir hier noch ausdrücklich, — was wir ohnedies als sich von selbst verstehend folgern lassen würden, — daß die sich völlig gleiche Verhaftung mehrerer besonders verpfändeten Sachen (s. S. 461.) und die mithin freie Wahl des Berechtigten unter ihnen dadurch nicht die geringste Modification erleiden, daß dieselben noch andern Gläubigern hinter jenem verpfändet worden sind. Jene Meinung, welche diesen Fall nach einem Billigkeitsprincip darum entschieden wissen will, damit nicht die Willkühr des vorstehenden Gläubigers für die späteren möglicher Weise eine solche Folge heibeiführe, daß von den letzteren mancher zufällig einen Schaden erleide, ohne daß der erstere ein Interesse daran hätte, während mancher an dem einen Gegenstande weiter zurückstehende besser wegkommen

---

accepit, eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur, quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit. Quodsi ea conventio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae specialiter accepit, servari potuisset, deficiente secunda conventione secundus creditor in pignore postea dato non tam potior quam solus invenietur (PAP. 8. *Quaest.*). Die Lesart generaliter für specialiter ist wahrscheinlich eine Verwechselung, s. jedoch §. 51. — Fr. 8. *de Distract. pign.* — Creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit, distractis, ad suum commodum pervenire (MOD. 4. *reg.*).

1) C. 11. *de Remissione pignoris.* — Ganz verwerflich ist Vermehren's Ansicht im Archiv Bd. XIII. S. 29—33., wonach in dieser Stelle gerade das Gegentheil von dem gelehrt sei, was bisher einstimmig alle Rechtslehrer darin gefunden haben.

2) Von Guyet im Archiv Bd. XVIII. S. 365 ff.

würde, als ein anderer viel günstiger in der Rangfolge am andern Gegenstande gestellter, verwechselt[1]) die Ausübung der Befugnisse des Pfandgläubigers mit der Pflicht des die Gläubiger locirenden und die Masse vertheilenden deutschen Concursrichters. Während sie für beides gleiche Regeln angewendet wissen will, und diese sogar aus dem römischen Rechte zu begründen versucht, irrt sie daher in der Beschränkung jener Rechtsausübung. Streng genommen haben wir es hier nur mit der ersten Frage zu thun, während die zweite mehr der Lehre vom Concurs angehört; doch können wir die Gestaltung der rechtlichen Erscheinungen im letztern Fall nicht außer Augen lassen, da die allgemeinen Grundsätze vom Pfandrecht zu deren Beurtheilung mit den Maaßstab abgeben, und überhaupt die Veranlassung zur Entstehung beider Fragen einen ursachlichen Zusammenhang hat.

In dem Fall, wo auf den mehreren speciell verpfändeten Gegenständen keine mit Nachhypotheken versehenen Foderungen ruhen, kann jene Meinung sich zwar nicht entwehren, nach den Grundsätzen von der Haftung jedes Einzelnen in solidum, und von der insofern unbeschränkten Willkühr des bessern Gläubigers, auch hier dieses Wahlrecht anzuerkennen. Dieses auch für den Concurs, sobald nicht andere (also General-) Pfandgläubiger dabei betheiligt seien[2]). Wenn hingegen eines oder jedes der mehreren Specialpfänder mit Nachhypotheken belegt sind, so sollen andere Entscheidungsgründe eintreten müssen, und namentlich der bessere Pfandgläubiger zuerst nur das nicht weiter verpfändete

1) Dies geht daraus noch recht deutlich hervor, daß sie bei Erörterung des Falles, da beide Specialpfänder mit Nachhypotheken belastet sind, ausdrücklich allein dessen Erscheinung im Concurse berücksichtigt, die außer dem Concurse aber gar nicht, sondern auf die Entscheidung in ihrem Sinn nur etwa schließen läßt.

2) Es ist möglich, daß Guyet S. 368. nicht diese, sondern die Specialpfandgläubiger meint, dann ist aber entweder eine Undeutlichkeit oder eine Tautologie vorhanden. Für den Generalpfandgläubiger im eben behandelten Fall bemerken wir hier, daß er nicht das geringste Interesse daran haben kann, wenn der bessere Specialpfandgläubiger den Erlös von einem Pfandgegenstande vorzugsweise auf seine Foderung vor dem vom andern anspricht, weil der übrige Rest stets derselbe ist, und jenem also hier wie dort zu Gute kommt. Die Sache ist, m. e. W., so lang wie breit.

Pfand, oder wenn beide anderweit verpfändet sind, beide und zwar jedes in dem Verhältniß der Größe der aus beiden Separaterlösen zusammengenommen, dem Gläubiger möglicher Weise zustehenden Tilgungssumme zu der Größe der Summe, welche er eigentlich zu fodern hat, angreifen, respective aus den Erlössummen sich befriedigen dürfen. Zur Begründung dieser abnormen Erscheinung kann aber gegen das Gebot der Consequenz, bei dem allgemeinen pfandrechtlichen Grundsätzen zu beharren[1]), nichts weiter angeführt werden, als daß vermöge der hier eintretenden Collision zwischen den mehreren Gläubigern dem freien Wahlrecht der vielfach im R. R. anerkannte Grundsatz entgegentrete, daß Niemand eine Handlung, welche er an sich innerhalb der Gränzen seiner Rechtsbefugniß ausüben würde, so vornehmen könne, daß dadurch einem Andern ein Schade zugefügt werde, sofern kein Interesse für den Berechtigten vorwalte, gerade so, und nicht anders zu handeln. Allein dieser Satz hat gar keine Allgemeinheit, sondern wird aus einzelnen Vorschriften in besondern Fällen[2]) irrig gefolgert,

---

1) So daß es eines Berufens auf Fr. 2. *Qui potiores* gar nicht bedarf, welches mit Guyet's Theorie übrigens gar nicht vereinigt werden kann.

2) Alle Beispiele, welche genannt zu werden pflegen, (darf man nicht billig fragen, warum das an Beispielen im Pfandrecht so reiche R. R. keins über eine solche Collision mehrerer Gläubiger hat, welches eine Beschränkung des Rechtes des vorgehenden andeutete?) haben nur eine ganz besondere Beziehung, und es läßt sich danach nur der Schluß rechtfertigen, daß der Richter bei der Rechtsausübung keinen offenbaren Chicanen nachsehen solle; dieselben sind auch gebraucht (oder gemißbraucht) worden, um den ebenso gefährlichen Grundsatz zu unterstützen, daß sich Jeder das gefallen lassen müsse, was ihm nicht schade, Andern aber nütze, den ich bei einer andern Gelegenheit schon einmal bestritten habe (s. meine pfandrechtlichen Streitfragen S. 124 ff.). Eine ausführliche Widerlegung kann hier so wenig einen Platz finden, als die Aufzählung der einzelnen Verwirrungen und Schwierigkeiten, wenn der vorgehende Gläubiger nur so und nicht anders sein Pfandrecht an zwei Specialpfändern sollte ausüben dürfen; ich verweise auf Weber von natürl. Verbindlichkeiten §. 101. (den Guyet zwar für sich citirt, der aber gerade entgegengesetzter Ansicht ist, — „es beschränkt sich alles auf die besondern Fälle, wo die Gesetze es namentlich vorgeschrieben haben, und in diesen besondern Fällen wirkt die ratio legis, mit nichten aber eine allgemeine Vorschrift") und *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 129. Offenbar mißverstanden von Guyet ist aber Fr. 3. *de Operib. publ.* und Nov. LXIII. C. 1. auf

während ihm die klare Regel in **Fr. 151.** *de R. J.* — Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet, schnurstracks entgegenläuft. Die vorgewendete Billigkeit würde hier zu mehr als Unbilligkeit gegen den vorgehenden Gläubiger; denn der zugestandene Umstand, daß ein beweisliches Interesse desselben ihre Anwendung ausschließen solle, würde eine völlige Unsicherheit im Credit erzeugen, weil diese Frage in jedem concreten Fall einer besondern Erörterung unterläge, und in diesen die Beurtheilung des Interesses und der einzelnen darauf bezüglichen Thatsachen sehr verschiedenen Ansichten verfallen würde. Man muß also an dem Satz festhalten, daß der bessere Pfandgläubiger sein Pfandrecht ohne alle Rücksicht auf die nachfolgenden verfolgen dürfe (vergl. §. 68.). Sollten für die hier vorausgesetzten Fälle die nachstehenden einen Schaden leiden, so würde ihre Beschwerde über eine Unbilligkeit der Gesetze stets der Einwand treffen, daß sie wissentlich — außerdem könnte nur Betrug vorwalten, der nicht vermuthet werden, aber auch nichts ändern kann, — ein Rechtsverhältniß eingegangen sind, dessen Unzuverlässigkeit kein Geheimniß war, sondern gesetzlich andern Interessenten nicht mehr gewähren konnte, ohne dem Hauptberechtigten zu nahe zu treten. Doch ist auch hier der nachstehende Gläubiger nicht ganz ohne Hülfe, er kann durch das Angebotsrecht den drohen-

---

welche er am meisten giebt, und woraus er seinen Satz als Folge (S. 371.) geradezu ableitet. Die letzte Stelle hat nur eine locale Tendenz für Constantinopel, und ist ein Theil der byzantinisch-römischen Bauordnung, wo also jus publicum dem privatum entgegentritt; die erste aber (ohnedies auch zu jener Bauordnung gehörig,) handelt gar nicht von dem, was in ihr gesucht wird, nemlich nicht von Privatbauten, sondern von öffentlichen, die ein Privatmann auf seine Kosten übernimmt, um einer Stadt oder Provinz damit ein Geschenk zu machen (vergl. die Glosse), und ad aemulationem alterius civitatis heißt nicht: zum Schaden, ohne daß der Berechtigte ein Interesse hat, — denn von einer Privat-Berechtigung ist gar nicht die Rede, nur davon, daß einem Privatmann freistehen solle, auf seine Kosten öffentliche Gebäude aufzuführen, ohne den Kaiser um Genehmigung zu bitten, — sondern: „zum Wetteifer mit einer andern Stadt" (s. das deutsche C. J. Bd. IV. S. 1196.). Dieses Mißverstehen verleitet Guyet noch S. 379. zu einer in der That komischen falschen Anwendung jener Worte.

den Schaden abwenden. Gesetzt nemlich, es haftet dem Titius das Cornelianische Landgut, welches einen Werth von etwa **6000** hat, für **4000**, und dem Cajus aus späterm Pfandvertrage für **3000**, das Tuskulanische Landgut aber von gleichem Werth dem Titius für dieselben **4000**, und dem Lucius für **5000**, und angenommen, Titius beabsichtigt, seine ganze Befriedigung[1]) aus dem Cornelianischen zu suchen, so kann Cajus durch das Angebotsrecht wider diesen den ihm drohenden Verlust von **1000** abwenden; denn er erwirbt die Hypothek an dem Cornelianischen Gute sowohl, als die am Tuskulanischen, letztere als Accession der Foderung[2]).

Ganz anders gestaltet sich aber die Sache bei Locirung der Gläubiger und Anweisung derselben anf die Erlössummen aus Specialhypotheken im heutigen Concurse, wenn nemlich der zwiefach pfandberechtigte Gläubiger seine Foderung schlechthin, oder mit Beziehung auf beide Pfandrechte angemeldet hat (s. diesen §. a. E.), und zwar nicht nur vermöge des Verhältnisses und der Berechtigung des vorgehenden Gläubigers zu den Pfändern, sondern auch, vermöge der Stellung des Concursrichters zu den nachstehenden Gläubigern. Nach den Grundsätzen des deutschen Concurses ist es Pflicht des Richters, die Versilberung des Vermögens, und also auch der einzelnen hypothecirten Gegenstände[3]) zu

1) Es erleidet keinen Zweifel, daß ihm freistehe, nach Belieben das eine anzugreifen, so bald es zu seiner Deckung genügt, und ihm nicht obliege, beide zusammen zu verkaufen; freilich will Guyet S. 366., „daß er natürlich (?) die Pfänder insgesammt verkaufen müsse“, allein ohne allen Grund; denn wenn das eine Pfand schon hinreicht, so wäre ja es offenbar eine Beeinträchtigung für den Verpfänder, wenn der Gläubiger das andere auch verkaufen wollte; er ist also nicht einmal dazu berechtigt, geschweige verpflichtet.

2) Ueber den Fall, wenn die beiden nachstehenden Gläubiger zugleich vom Angebotsrecht Gebrauch machen, s. S. 480.

3) Soviel die Faustpfänder angeht (s. §. 28.), würde es lediglich auf die Gestaltung der Frage von deren Ablieferung zur Masse in jedem einzelnen Fall ankommen, welche in der gemeinrechtlichen Praxis noch keine unbestrittene Erledigung erfahren hat. Würde dafür entschieden, daß sie nicht abgeliefert zu werden brauchten, so treten die reinen römisch-pfandrechtlichen Grundsätze vom freien Wahlrecht unter mehreren Pfändern ein, wie sie vorher oben vorgetragen worden sind; entgegengesetzten Falls wären sie ebenso wie Hypotheken, und die

leiten, und die dadurch gelöseten Gelder nach rechtlichen Grundsätzen, vor allem nach der Priorität, zu vertheilen. Sobald daher an die Stelle des verkauften Pfandes die Kaufgelder getreten sind und die volle Befriedigung des vorgehenden daraus keinem Zweifel mehr unterliegt, so ist es in die Hand des Richters gegeben, die Befriedigung der einzelnen Foderungsposten daraus nach dem Gebote der Zweckmäßigkeit in Verbindung mit den Grundsätzen der Rangordnung und des Umfangs des Pfandrechts zu ordnen. Der Umstand, daß der vorgehende Gläubiger an beiden Erlössummen ein Recht auf Befriedigung hat, führt nun nicht nur die Möglichkeit, sondern auch die Nothwendigkeit herbei, den dazu aus jeder von beiden erforderlichen Beitrag arithmetisch zu bestimmen, — oder m. a. W., die ihm gebührenden Antheile an beiden, indem die ganzen Erlössummen in solidum haften, in eine Proportion zu bringen, wozu sich die Summe seiner Foderung, und die aus beiden Erlösen zu deren Deckung ihm möglicher Weise zufallenden Summen als Maaßstab darbieten, — so wie die an sich rechtlich wohlbegründeten Interessen der nachfolgenden Gläubiger[1]) an jeder einzelnen Erlössumme dem Richter die Pflicht auflegen, sie zu berücksichtigen, und eine Proportion zu suchen, um danach die Vertheilung anzuordnen.

Zur Verdeutlichung der Sache denke man folgendes Beispiel: X und Y seien die Erlöse zweier speciell verpfändeten Güter, A, B, C u. D die Gläubiger, denen sie haften.

---

daraus gelöseten Kaufgelder denen aus diesen gleich zu beurtheilen und zu vertheilen, wie oben nachher folgt.

1) Denn diese sind vor dem des vorgehenden Gläubigers darum überwiegend, weil, da und wenn ihm die beiden Massen zusammen Befriedigung gewähren, ihm im Grunde gleichgültig sein kann, woher sie genommen wird. Fände sich daher einer der nachfolgenden Gläubiger durch unrichtige Anweisung jenes auf die respectiven Erlössummen beschwert, so wäre, wenn er wider das Locationserkenntniß appellirte, nicht der vorgehende Gläubiger Appellat, sondern der andere nachfolgende, der auf Unkosten des erstern besser wegkommt, muß die Vertheidigung des Erkenntnisses übernehmen. Dies kann aber auch ein anderer oder mehrere dritte (Nichtpfand-) Gläubiger sein, s. die folgende Anm.

X = 6000 Thlr.	Y = 7000 Thlr.
A = 5000 Thlr.	A = (dieselben) 5000 Thlr.
B = 1500 -	D = 2000 Thlr.
C = 1500 -	

Würde A hier auf X allein angewiesen, so ginge schon B mit 500 und C ganz leer aus, während von Y sogar für andere (also gelegentlich chirographarische) Gläubiger ein ansehnlicher Rest bliebe[1]). Die Vertheilung muß daher anders geschehen. Viel scheint nun hier die Anlegung der Berechnung nach dem Verhältniß der Erlössummen 6 : 7 für sich haben[2]). Dagegen spricht aber sowohl, daß jedes Gut nur für den Betrag der Foderung, d. h. für 5000, verpfändet ist, als daß es für diese mit seinem ganzen Werth haftet. Der erste Umstand bringt auf jene Rechnungsmethode den Vorwurf, daß ihr eine größere Summe zum Grunde gelegt wird[3]), als man berechtigt ist; der zweite aber stößt gegen die Solidarität des Pfandrechts an, indem willkührlich jedem Pfande oder seinem Erlöse, nach Verschiedenheit der Größe beider, auch über den Betrag der Foderung hinaus, die Haftung für eine danach proportionirte Antheilssumme zugeschrieben wird. Hiernach muß also zur Auffindung einer richtigen Methode von dem Grundsatz ausgegangen werden, daß man die ganzen 5000 Thlr. des A auf jede Erlössumme, auch wenn sie kleiner ist, anweist, und nun von der daraus addirten größern Summe, welche er möglicher Weise (also in unserm Beispiel nie über 10,000 Thlr.) erhalten kann, die nöthigen richtigen Abzüge macht. Diese zu finden dient folgender

Lehrsatz[4]).

Es sei A die Person, der zwei Güter speciell verpfändet sind, S die Summe, welche durch Addition der

---

1) Diese würden hier eventual. Appellaten sein.

2) Diese Berechnung hat das preußische Landrecht Th. I. Tit. 50. §. 521.; gehen dem A. Gläubiger vor, so wird der Rest der resp. Erlössumme nach Abzug deren Foderung in Anschlag gebracht.

3) Guyet a. a. O. S. 378.

4) Guyet S. 382 ff. bemüht sich auch einen solchen zu finden, allein er ist dunkel und unverständlich, (obschon seine einzelnen Beispiele richtig gerechnet sind), und sogar für den von mir oben gestellten Fall, wo jede von beiden Er-

Gelder herauskommt, die A möglicher Weise [1]) aus dem Erlöse jener erhalten könnte, und S werde als ein Ganzes betrachtet. Man subtrahire nun die Foderung, Z, des A von S, und ermittele, der wievielste Theil dieser Rest, Q, von S ist. Nun subtrahire man den ebensovielsten Theil der Summe, die A aus jedem Gute möglicher Weise erhalten kann [2]), von dieser Summe. Die hierdurch erhaltenen Rester sind dann die Gelder, welche A aus jedem Gute bekommt, wogegen jene Abzüge den folgenden Hypothekgläubigern zufallen.

Einige Beispiele werden dies anschaulicher machen. Wir berechnen zuerst das schon oben angenommene:

S ist hier = 10,000 Rthlr.
ab Z = 5000 "
5000 Rthlr., also ist $Q = \frac{1}{2}$ S.

A könnte aus X erhalten $\frac{1}{2}$) 5000 Rthlr.
und bekömmt demnach 2500 "

Desgleichen könnte er aus Y erhalten $\frac{1}{2}$) 5000 Rthlr.
und bekömmt ebenfalls . . . 2500 "

2) Ferner [3])

X = 8000 Rthlr.	Y = 4000 Rthlr.
B = 5000 Rthlr.	A = 4000 Rthlr.
A = 4000 "	D = 1000 "
C = 500 "	
8000 Rthlr.	

B ab = 5000 "
3000 Rthlr. + Y = 7000 Rthlr. (S)
Z = 4000 "
3000 Rthlr. also $Q = \frac{3}{7}$ S.

---

lössummen die ganze Foderung dekken kann, unanwendbar. Der Tadel trifft ihn aber nicht als Rechtsgelehrten, sondern als Mathematiker.

1) Die sich also nie über seine Foderungssumme erheben kann.

2) Mit a. W., die sich nach den eingreifenden Rechtsgrundsätzen nie über das Doppelte seiner Foderung erheben kann.

3) Sobald nicht beide Erlössummen die Foderung des A ganz

$\frac{3}{7}) \frac{3000 \text{ Rthlr.}}{1714\frac{2}{7} \text{ Rthlr.}} + \frac{3}{7}) \frac{4000 \text{ Rthlr.}}{2285\frac{5}{7} \text{ Rthlr.}} = 4000 \text{ Rthlr. für A.}$

Es bleiben also für C übrig $= \begin{array}{r} 3000 \text{ Rthlr.} \\ 1714\frac{2}{7} \text{ Rthlr.} \\ \hline 2285\frac{5}{7} \text{ Rthlr.} \end{array}$ und für D $= \begin{array}{r} 4000 \text{ Rthlr.} \\ 2285\frac{5}{7} \text{ Rthlr.} \\ \hline 1714\frac{2}{7} \text{ Rthlr.} \end{array}$

3) Oder:

X = 2 Rthlr.	Y = 3 Rthlr.
A = 4 Rthlr.	A = 4 Rthlr.
B = 1 =	C = 2 =

S = 5 Rthlr.
ab Z = 4 =
1 Rthlr. Q also $\frac{1}{5}$ S.

$\frac{1}{5}) \frac{2 \text{ Rthlr.}}{9\frac{3}{5} \text{ Gr.}}$ Rest für B. $\quad \frac{1}{5}) \frac{3 \text{ Rthlr.}}{14\frac{2}{5} \text{ Gr.}}$ Rest für C.

$\begin{array}{l} 2 \text{ Rthlr.} \\ - \;=\; 9\frac{3}{5} \text{ Gr.} \\ \hline 1 \text{ Rthlr. } 14\frac{2}{5} \text{ Gr.} \end{array} + \begin{array}{l} 3 \text{ Rthlr.} \\ - \;=\; 14\frac{2}{5} \text{ Gr.} \\ \hline 2 \text{ Rthlr. } 9\frac{3}{5} \text{ Gr.} \end{array} = 4 \text{ Rthlr. für A.}$

4)

X = 11 Rthlr.	Y = 12 Rthlr.
A = 13 Rthlr.	A = 13 Rthlr.
B = 5 =	C = 6 =

S = 23 Rthlr.
ab Z = 13 =
10, also Q = $\frac{10}{23}$ S.

---

decken, ist die gewöhnliche Gesellschaftsrechnung anwendbar. Geht man davon aus, daß die in Rechnung zu stellende Summe niemals das Doppelte jener Foderung übersteigen kann, so ist diese Regel durchgängig anwendbar.—Also der obige Fall:

$\begin{array}{lr} 7000 \text{ Rthlr.} & 4000 \text{ Rthlr.} \\ \# & 3000 \;= \\ \hline & 12{,}000. \\ 7) & 1714\frac{2}{7} \text{ Rthlr.} \end{array} \qquad \begin{array}{lr} 7000 \text{ Rthlr.} & 4000 \text{ Rthlr.} \\ \# & 4000 \;= \\ \hline & 16{,}000. \\ 7) & 2285\frac{5}{7} \text{ Rthlr.} \end{array}$

$\frac{10}{23}$) 11 Rthlr.
4 Rthlr. $18\frac{18}{23}$ Gr. Rest für B.

$\frac{10}{23}$) 12 Rthlr.
5 Rthlr. $5\frac{5}{23}$ Gr. Rest für C.

11 Rthlr. 12 Rthlr.
4 = $18\frac{18}{23}$ Gr. 5 = $5\frac{5}{23}$ Gr.
6 Rthlr. $5\frac{5}{23}$ Gr. + 6 Rthlr. $18\frac{18}{23}$ Gr. = 13 Rthlr. für A.

5) X = 6 Rthlr. Y = 4 Rthlr. P = 5 Rthlr.
A = 6 Rthlr. A = 6 Rthlr. A = 6 Rthlr.
B = 4 = C = 3 = D = 4 =
S = 15 Rthlr.
ab Z = 6 =
9 Rthlr., also $Q = \frac{9}{15} S = \frac{3}{5} S$.

$\frac{3}{5}$) 6 Rthlr.
3 Rthlr. $14\frac{2}{5}$ Gr. Rest für B.

$\frac{3}{5}$) 4 Rthlr.
2 Rthlr. $9\frac{3}{5}$ Gr. Rest für C.

$\frac{3}{5}$) 5 Rthlr.
3 Rthlr. Rest für D.

6 Rthlr. 4 Rthlr. 5 Rthlr.
3 = $14\frac{2}{5}$ Gr. 2 = $9\frac{3}{5}$ Gr. 3 =
2 Rthlr. $9\frac{3}{5}$ Gr. + 1 Rthl. $14\frac{2}{5}$ Gr. + 2 Rthl. = 6 Rthl. für A.

Dieselben Regeln müssen auch außer dem Concurs dann zur Anwendung gebracht werden, wenn die nachfolgenden Gläubiger zugleich dem vorgehenden seine Foderung anbieten, um dieselbe zu erwerben und ihr eigenes Pfandrecht zu sichern. Es ist nemlich dann der Fall ganz dem vorhergedachten gleich, wo A aus beiden Erlössummen volle Befriedigung erhielt; es würde also von zwei nachstehenden Gläubigern (B u. C) jeder die Hälfte der Foderung des A erwerben. Hiermit stimmen die Grundsätze von der Solidarität völlig überein, während jede andere Methode zur Willkühr führen würde.

Sollte endlich im Concurs der zwiefach mit Specialhypothek versehene Gläubiger sein Pfandrecht ausdrücklich nur an einem Gute geltend gemacht und aus dessen Erlös Befriedigung gefodert, das andere und seine Hypothek daran aber gar nicht beachtet haben, so muß diese ausdrückliche Erklärung seines Willens jede andere Rücksicht überwiegen, und sein Wahlrecht kann dann darum nicht in Zweifel gezogen werden, weil man ihm damit verwehren würde, auf Rechte zu verzichten, oder sich ihrer nicht zu bedienen.

§. 51.

Vom allgemeinen Pfandrecht.

Zu Anfang des vorigen Paragraphen ist der Unterschied des besondern und allgemeinen Pfandrechts als entschieden vorausgesetzt worden; jetzt ist das letztere im Gegensatz zum erstern genauer zu erörtern [1]).

Daß in den Justinianeischen Constitutionen der Ausdruck generalis hypotheca, generaliter obligare, mit der an dem gesammten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen einer Person bestellten, gleichbedeutend sei, und specialis hypotheca, specialiter obligare im Gegensatz dazu jedes andere Pfandrecht bezeichne, darüber ist man zwar einverstanden, nicht aber über ihre frühere Bedeutung; ja es soll sogar nach einer neuern Theorie [2]) dieser frühern Bedeutung durch den Gebrauch in den späteren Constitutionen kein Eintrag geschehen, vielmehr derselbe, als nur formell, ohne Wichtigkeit sein. Nach ihr [3]) wäre die ganze Eintheilung

1) Dieser Gegenstand ist bekanntlich in neuerer Zeit durch die Schrift von *Merz* (praes. *Schradero*) de vera indole divisionis hypothecae in general. et special. Tub. 1818. lebhaft in Anregung gebracht worden, s. *Caplick* vindiciae secundum omnes fere JCtorum de gen. et spec. hyp. discrimine sententiam. Gött. 1820. (die Schrift von *Carrard* gleichen Inhalts habe ich nicht erhalten können), und Roßhirt in s. Zeitschrift S. 1 ff. Letzterer hat für das vorjustinianeische Recht eine Mittelmeinung, welche wenigstens die Möglichkeit für sich, und keine große Unwahrscheinlichkeit wider sich hat, jedoch ohne wesentliche Folge für das R. R. aus dem Corpus Juris ist.

2) Der Merz-Schraderschen (l. l. p. 6. 31.). Auch Zimmern trat ihr bei, s. seine und Neustetel's Untersuchung S. 296.

3) Ebendas. p. 38.

in hypotheca specialis und generalis keineswegs vom Gegenstande des Pfandrechts bedingt, sondern nur von der Form und der Art und Weise der Verpfändung abhängig, so daß sie die in dieser Beziehung hervortretende Bestimmtheit oder Unbestimmtheit der Gedanken aus der reinen objectiven Bedeutung auffassen wolle. Wer bestimmte Gegenstände namentlich oder mittelst genauer Bezeichnung verpfändet habe, der bestelle ein Specialpfand [1]); wer sich allgemeinerer Bezeichnungen oder Benennungen bediene, als daß durch sie allein die einzelnen Pfandstücke erkannt werden könnten, so daß also vielmehr dazu die Stellung unter den gebrauchten allgemeinern Ausdruck als Erklärung dienen müsse, der bestelle ein Generalpfand. Darunter falle also Alles, was schon in einer generischen Beziehung dem Gegenstande nach bestimmt genug sei.

Diese Meinung ist wenigstens nicht ganz neu. Von Justinian an durch die Basiliken und übrigen Griechen (*γενικῶς ὑποτιθέναι*) bis zu den Glossatoren einschließlich herrscht volle Uebereinstimmung in dem Begriff des General- und Specialpfandes im Allgemeinen, nemlich wie sich Justinian der generalis und specialis hypotheca bedient. Von Odofredus, Bartolus und Baldus an, denen Regusantius, Merlinus und Andere folgen, fängt eine Unterscheidung an, sich geltend zu machen; man schob nemlich zwischen die durch jene beiden Begriffe bezeichnete Verpfändung eines ganzen Vermögens und die einzelner Sachen noch die einer universitas hinein. Dieser erste Anstoß veranlaßte bald eine weitere Fortbildung, die sich nach und nach immer mannigfaltiger und in von einander abweichenden Brechungen gestaltete. Das Bemerkenswertheste darunter ist, daß man unter einem Specialpfand nur das an einer oder mehreren einzelnen Sachen verstand [2]), woran sich dann bald die Eintheilungen in pignus universale, particulare, generale u. s. w. schlossen. Mainus nannte das

---

1) Ich behalte hier wider meine Gewohnheit die Fremdwörter bei, denn über die Bedeutung unserer heutigen besondern und allgemeinen Pfandrechte ist freilich kein Streit; s. Roßhirt a. a. O. S. 31.

2) S. bes. *Caplick* l. l. p. 6.

Pfandrecht an Invectis und Illatis ein generale; Sichardus [1]) behauptete, daß vor Justinian das Generalpfandrecht das künftige Vermögen nicht betroffen habe; Balduinus zählte zuerst verpfändete Gesammtbegriffe, wie das gegenwärtige Vermögen und die s. g. universitas rerum, zu den Generalpfändern, worin ihm Bachov folgte, der nur im höheren Sinn (potentiore significatu) das Pfandrecht am ganzen Vermögen ein generale genannt wissen wollte. — Dabei blieb jedoch die bei weitem größte Mehrzahl der ältern Ansicht auch für das vorjustinianeische Recht stets getreu.

Wenn schon nun die neuere Theorie darum Wenigen einleuchten, sondern als befremdend erscheinen wird, weil nach ihr an einem gesammten Vermögen dem Einen ein Specialpfandrecht zustehen könnte, während dem Andern an einer einzelnen Sache ein Generalpfandrecht eingeräumt wird, weil Alles mit alleiniger Ausnahme des der Verpfändung Unfähigen Gegenstand beider Arten von Pfandrecht sein könne, ohne daß aus jeder für sich erhellt, welche Gegenstände darin begriffen sind, mithin dieselben oftmals lediglich aus den Worten, und nicht aus dem Sinn beurtheilt und erklärt werden müssen, weil sie das Pfandrecht an einem ganzen Vermögen vom Generalpfandrecht unterscheidet, und als ein universales benennt [2]), endlich aber will, daß der Gebrauch, welchen Justinian von generalis und specialis hypotheca macht, in keinem Bezug auf Rechtsgrundsätze stehe [3]), — so ist doch nicht zu leugnen, daß das römische Recht in seinen vorjustinianeischen Theilen Veranlassung zu der Vermuthung giebt, daß die Theorie dieser Unterscheidung nicht zu dem Grade der Ausbildung gelangt sei, deren sie fähig war, vielmehr eine ältere Terminologie, in welcher noch viele Stellen des Corpus Juris sprechen, von Justinian, seiner wesentlichen Veränderungen ungeachtet, beibehalten ward [4]).

1) Beide bei *Caplick* p. 7.

2) *Caplick* p. 20.

3) *Merz* p. 31.

4) Zu erinnern ist hierbei, daß die in den Quellen vorkommende Bedeutung von genus und species nicht geeignet ist, auf die Ausdrücke generaliter und specialiter obligare aus dem numerischen Verhältniß ihrer Ursprungswörter schließen zu lassen, da sie oft auswahlsweise völlig gleichbedeutend gebraucht wer-

Es wird kein Widerspruch gegen die Annahme erhoben werden, daß mit der innern Ausbildung der Natur und des Umfanges des Pfandrechts sich auch die Terminologie für den letztern in der technischen Bedeutung fortgebildet habe. Dabei ist jedoch gleich von vorn herein nicht zu übersehen, daß dem unbestreitbaren Gegensatz von generalis hypotheca zur specialis unbeschadet [1]), specialis nicht immer diesen Gegensatz anzeigt, sondern nur, daß auf einen gewissen Umstand ausdrücklich und vorzugsweise Rücksicht genommen sei, also gleich nominatim [2]) oder expressis verbis, auch im Gegensatz zu tacite [3]). Generalis hat seine Beziehung als Beiwort zur conventio, um anzuzeigen, daß der Gegenstand des Vertrages nicht individuell bestimmt, sondern nach einem Gattungsbegriff angenommen ist. Man darf aber gewiß so wenig den Ausdruck vom Anfang an als technisch und festbestimmt betrachten [4]), als leugnen, daß nicht noch heutzutage unter Umständen, z. B. bei der überhaupt geschehenen Verpfändung eines Inbegriffs vieler Sachen, und der ausdrücklichen nächsten Hinweisung auf einige bestimmte, auch auf dieses Verhältniß die Begriffe von General- und Specialpfand anwendbar, oder wenn sie in Bezug auf ein solches gebraucht worden, danach zu erklären seien [5]). Jener gewann seine Bestimmung entweder erst durch einen Bei-

---

den, wie unsere Gattung und Art, s. *Caplick* l. l. p. 28 seq.; vergl. bes. *Gaj.* Comment. III. §. 169. Per acceptilationem tollitur obligatio, acceptilatio est veluti imaginaria solutio. §. 170. *Quo genere* — tantum eae solvuntur etc. §. 171. Est etiam alia *species* imaginariae solutionis per aes et libram, quod et ipsum *genus* certis in caussis receptum est. — *Id.* III. §. 88. Obligationum summa divisio *in duas species* dividitur, omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto. §. 89. Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur, harum quatuor genera: aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu. §. 90. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere. In den Institutionen III. 14. §. 1. ist hingegen von genus und species gerade der umgekehrte Gebrauch gemacht.

1) Roßhirt a. a. O. S. 29 f.

2) Wie Fr. 1. §. 2. *de Pignoribus.*

3) Fr. 29. §. 1. *eod.* Fr. 6. *eod.* Vergl. C. 2. 5. *In quibus caussis pignus*; s. Roßhirt S. 30.

4) Ders. S. 31.

5) *Mühlenbruch* l. l. (3.), z. B. ein Gelehrter verpfändet seine Bibliothek, im Besondern aber soll der Gläubiger sich zuerst an die Doubletten halten.

satz (quae habeo, habiturusve sum), oder erhielt vielleicht auch seine Bedeutung durch den bestimmten Gegensatz im Einzelfall; denn wenn sich ein solcher auch im Corpus Juris nicht nachweisen läßt, so mögte die Möglichkeit doch nicht zu bezweifeln sein. Daß die Römer ursprünglich das Vermögenspfand anders bezeichnet haben, ist nicht nur sehr wahrscheinlich, sondern es zeugen dafür auch die älteren Stellen, worin seiner Erwähnung geschieht. Die älteste Formel ist die von Scävola: quicquid in bonis habet, habiturusve est [1]); schon ihm selbst scheint sie zu unbequem geworden zu sein, denn er bedient sich auch der: quae habebat, habiturusve esset [2]). Diese Formel hält sich in mannigfaltigen Gestaltungen (res, bona, quae nunc habet, — habuit, — et quae postea acquisierit, quae habiturus sum — ohne Präsens — u. s. w.), und im ausdrücklichen Gegensatz zum Specialpfandrecht [3]), durch die Pandectenjuristen hindurch bis zu den späteren Kaisern und Justinian selbst [4]). Mittlerweile kam der Ausdruck generalis obligatio, auch hypotheca, conventio, pactum, generaliter obligare, oppignerare auf; wäre er, wie vorgedacht, auch nicht für das Vermögenspfand ursprünglich bestimmt gewesen, so ist doch sein Gebrauch für dasselbe klar aus solchen jüngeren Stellen ersichtlich, wo Rechtsgrundsätze, welche in älteren mit der alten Formel (quae habeo habiturusve sum) vorgetragen werden, in die neue Formel gekleidet wurden [5]),

---

1) Fr. 34. §. 2. *de Pignorib.* dazu *Caplick* pr. 34.

2) Fr. 21. pr. *Qui potiores.*

3) C. 3. *de Servo pignori dato etc.* — Ab eo, qui bona sua pignori obligavit, quae habet, quaeque habiturus esset, posse servis libertatem dari certum est. Non idem juris est in his servis, qui pignoris jure specialiter traditi vel obligati sunt. (*Sever. et Ant.*) Fr. 6. u. 15. §. 1. *de Pignoribus.*

4) Merz hat zwar zu behaupten versucht, daß bona, res etc. hier so zu verstehen sei, Sachen (d. h. etliche) nicht die Sachen, (nemlich alle,) das hat aber Caplick — dem Roßhirt S. 36. beistimmt, — durch Beispiele beseitigt (Fr. 28. *de Jure Fisci*, Fr. 7. §. 1. *Qui potiores.*), wo jene Formel durchaus alle Sachen bezeichnet, d. h. das ganze Vermögen, was von allen Stellen gelten muß, wenn man nicht eine unauflösliche Willkühr annehmen will. Ueber C. 9 *de Distr. pign.* s. namentlich Caplick p. 42.

5) C. 3. *d.* vergl. mit Fr. 29. *Qui et a quibus manum.*

und solchen, wo dieselbe in Verbindung mit Beisätzen, welche das näher bezeichnen, was sie allein vielleicht nicht klar genug zu machen schien, unbestritten das Gesammtvermögen anzeigt, wie generale pactum de omnibus bonis pignori dandis [1]), und universa bona generaliter pignerare [2]), oder solche Zusätze nicht hat, und doch der Gegensatz zur specialis hypotheca sich unmittelbar ausspricht [3]). — Hieraus erhellt, daß mit der Fortbildung des römischen Pfandrechts der Begriff des Generalpfandes zwar eine besondere Richtung auf das Vermögenspfandrecht bekam [4]), jedoch bis zu der darin eine entscheidende Wendung nehmenden Justinianeischen Constitution die generalis hypotheca ohne Beisatz selten sein mogte, und vielleicht auch etwas Anderes als das Vermögenspfand bezeichnen konnte [5]). Für den letztern Umstand scheint wenigstens zu sprechen, daß man für den spätern Begriff des Generalpfandes andere technische Bedeutungen hatte, und generalis hypotheca also nicht unwahrscheinlich noch nicht absolut die Beziehung zum Vermögen als Gegenstand des Pfandes, sondern den Gegensatz zu den speciellen Gegenständen ausdrückte, die der Gläubiger in Anspruch nehmen konnte.

Die freie Entwickelung und Feststellung des Begriffs, welche bei innerer wissenschaftlicher Fortbildung nicht ausgeblieben sein würde, wurde nun durch C. 9. *Quae res pignori* etc. noch halb nothreif und plötzlich herbeigeführt:

> Si quis in cujuscunque contractus instrumento ea verba posuerit: fide et periculo rerum ad me pertinentium, vel: per earum exactionem satisfieri tibi promitto, sufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in praesenti debitor habet, quam futurarum hypothecam sancimus, nec ex prioribus sanctionibus minus habere specialis hypothe-

---

1) C. 5. *Quae res pignori.*

2) C. 2. *de Pignoribus.* — Quamvis constet, specialiter quaedam, et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, etc.

3) C. 4. *Quae res pignori.*

4) Roßhirt a. a. O. S. 3.

5) Ders. S. 32. Ich trete also seiner hierüber bestimmt und positiv ausgesprochenen Meinung keineswegs bei.

cae memoriam videri, quum sit justum, voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptionem inspicere. Super qua generali hypotheca illud quoque ad conservandam contrahentium voluntatem sancimus, ut si res suas supponere debitor dicerit, non adjecto, tam praesentes quam futuras, jus tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur.

Obwohl nemlich Justinian sich der specialis und generalis hypotheca stets in der Bedeutung bedient, daß der zweifellose Gegensatz des Pfandrechts am ganzen Vermögen zu dem an jedem andern Gegenstande als gemeint hervortritt, so ist doch gerade in jener Constitution, welche die Formeln dem Sinn und der Absicht der Contrahenten nachzusetzen, und namentlich bei der Verpfändung des Vermögens schlechthin (bei der ausdrücklichen des gegenwärtigen findet das Gegentheil nach wie vor Statt,) das künftige als mitzuverstehen verordnet, jener Gegensatz ganz streng und ausdrücklich hervorgehoben [1]. In ihr liegt also die Berechtigung, die generalis hypotheca seitdem als die technische Bedeutung für das Vermögenspfand zu verstehen.

Welche Bedeutung die deutsche Praxis dem Special- und Generalpfande von jeher beigelegt habe, ist niemals streitig gewesen; sie wird durch die Verdeutschung: allgemeines und besonderes Pfandrecht, vollkommen erschöpft.

---

1) Vergl. Roßhirt a. a. O. S. 37. — Caplick l. l. p. 67 f. findet es der Geschichte des Pfandrechts stracks entgegen, wenn Manche behaupten, daß durch jene Constitution die Generalhypothek erst auf das künftige Vermögen erstreckt worden, wogegen sie früher nur auf das gegenwärtige gegangen sei, und hat Recht; sie schreibt nur vor, daß solche Wortformen, welche das Vermögen in seinem ganzen Umfange bezeichnen können, auch das künftige mittreffen sollen; darin solle der Begriff der Generalhypothek liegen. Schwierigkeit machen die Worte: nec ex prioribus — videri; mit Sicherheit darf man annehmen, es sei darin auf solche ältere Constitutionen verwiesen, worin die Hypothek am gegenwärtigen Vermögen als eine specielle bezeichnet sei. Allein die doppelte Negation nec — minus kann nicht als bejahend betrachtet werden. Minus würde also mit der Glosse für amplius zu nehmen sein. S. Westphal's Commentar §. 36. (57.) und meine Uebersetzung im deutschen Corpus Juris.

Es früge sich nun nur noch, wie diejenigen Stellen des Corpus Juris, worin generalis conventio pignoris, generaliter oppignerare u. s. w. vorkommt, sich zu der Justinianeischen Sprachweise verhalten, welche aus einer Zeit herrühren, wo das Vermögenspfand vielleicht noch nicht ausschließlich mit jenem Ausdruck bezeichnet ward. Sie stehen in der That ohne Ausnahme in vollem Einklang mit ihr; keine einzige läßt die Beziehung des gebrauchten Ausdrucks generaliter im justinianeischen Sinn, wie sich dies auch nicht anders erwarten läßt, nicht zu, und namentlich berechtigt keine, dem Generalpfande eine andere Deutung, als die des ganzen Vermögens unterzulegen. Man hat zwar einige Stellen letzterer Art ausfindig gemacht zu haben geglaubt, worin indessen nicht generalis hypotheca oder generaliter vorkommt, sondern nur der zur specialis hypotheca zu vermuthende Gegensatz auf eine andere Bedeutung der generalis schließen lassen soll; man hat aber dabei übersehen, daß die generalis hier gar nicht als jener Gegensatz angesehen werden kann[1]).

---

1) Dahin gehört (s. *Merz* l. l. p. 7.) zuerst Fr. 11. §. 2. *Qui potiores* etc. (S. 370.). Hieraus will man schließen, daß das Pfandrecht an rebus invectis und illatis ein generales sei. Allein specialiter steht hier für expressis verbis und zur Verstärkung von pure; es ist dort auf nichts weniger als den Gegensatz des Specialpfandes zum generalen abgesehen, sondern des bedingten zum unbedingten, s. Caplick l. l. p. 51 ff. Roßhirt a. a. O. S. 33. Ferner ist dasselbe aus der Gegeneinanderstellung von Fr. 9. *In quibus caussis pignus* (S. 467.) und Fr. 29. pr. *Qui et a quibus manum.* — Generaliter pignori datus servus sine dubio pleno jure debitoris est, et justam libertatem ab eo consequi potest, si Lex Aelia Sentia non impediat libertatem, i. e., si solvendo sit, nec ob id creditores videantur fraudari (GAI. 1. *de Manum.*) — gefolgert worden. Das erste gestatte das bei einem Specialpfandrecht (nach dem Sinn der von mir angenommenen Theorie), das bedeute nemlich manifestarium, was das zweite bei einem Generalpfandrecht; daraus folge, daß ersteres auch ein solches sein müsse, mithin das Generalpfandrecht nicht das am ganzen Vermögen bezeichne. Dem ist aber nicht so. Manifestarium kann für's Erste nicht durch speciale erklärt werden (s. unten), sondern heißt: klar, deutlich, bestimmt. Nur die Sklaven nemlich sollen nach Fr. 32. *de Pignoribus* in einer Miethswohnung als Unterpfänder haften, welche von ihrem Herrn dahin geführt sind, um für immer dort zu bleiben, nicht blos auf einige Zeit. Das Pfandrecht erfodert also eine in bestimmter Absicht geschehene Thatsache. Sodann aber ist der Schluß, daß, weil in beiden Stellen derselbe

Der Unterschied des General- und Specialpfandrechts, oder, wie wir es nun wieder nach wie vor nennen, des allgemeinen und besondern, zeichnet sich also, wenn man nach dem Umfang beider fragt, besonders darin scharf und be-

---

[1]) Fall vorliege, das Pfandrecht an Invectis und Illatis ein generales sei, gewaltsam (vergl. Roßhirt a. a. O. S. 34.). In der ersten heißt es: ein Sklav sei noch nicht darum, daß er in einem Hause wohnt, dergestalt verpfändet, daß er nicht freigelassen werden könne, sondern erst dann, wenn die pensio nicht nur nicht gezahlt, sondern der Sklav dann auch in Anspruch genommen sei. In der zweiten heißt es: ein mittelst allgemeinen Pfandrechts verpfändeter Sklav könne freigelassen werden. Nun ist ja aber nach Fr. 6. *eod.* — Licet in praediis urbanis tacite solet conventum accipi, ut perinde teneantur invecta et illata, ac si specialiter convenisset, certe libertati hujusmodi pignus non officit, idque et Pomponius probat; ait enim manumissioni non officere ob habitationem obligatum (ULP. 73. *ad Ed.*), nicht blos das Pfandrecht an Invectis und Illatis für ein specielles ausdrücklich erklärt, sondern (und zwar also auch wenn eine Specialverpfändung expressis verbis geschehen) gerade für die Freilassung eine Ausnahme angeordnet, welche sich schneidend auszeichnet, daß, wenn sie bei allen Pfandrechten, außer dem manifestario (daraus erhellt noch ganz deutlich, daß manif. nicht gleich speciale sei,) consequent durchgeführt ist, doch daraus nicht auf eine Gleichheit ihrer innern Natur geschlossen werden darf. — Ueber C. 5. *In quibus caussis pignus* und Fr. 8. *de Pignoribus*, s. *Caplick* l. l. p. 51 seq. Die dritte Stelle ist das vielfach besprochene Fr. 2. *Qui potiores* (S. 470 a. E.), in welchem das zweite generaliter den Auslegern viel zu schaffen gemacht hat. Ein Theil will diese Lesart, troß der Uebereinstimmung der Florentine, der Vulgate und der Basiliken, mit specialiter vertauschen, dahin gehören: Caplick S. 60. Thibaut im Archiv Bd. XVII. S. 6 ff., und es sprechen in der That sehr starke Gründe für die Annahme einer geschehenen und fortgepflanzten Verwechselung. Doch soll man eine Lesart solange wie möglich zu retten suchen, wenn keine kritische Autorität (Haloander steht gegen alle allein) für die Aenderung spricht. Roßhirt a. a. O. S. 35. versucht dies damit, daß er die Worte quae generaliter accepit so übersetzt: was er aus dem Generalpfand erhielt, und denkt an verpfändete Nomina. Allein diese Uebersetzung ist völlig unzulässig. Dagegen genügt die Glück- (XVIII. S. 246 ff.) Mühlenbruch'sche Erklärung vollkommen (s. A. L. Zeit. S. 568. von 1835.), ex ceteris bonis bedeute das übrige Gesammtvermögen mit Ausschluß der später speciell ververpfändeten Sache. Cetera bona sind bestimmte einstweilen noch ausgenommene Sachen, im Gegensatz zu den bestimmt verpfändeten, d. h. den omnibus bonis; secunda conventione bezeichnet den letztgedachten Nebenvertrag (z. B. also: ich verpfände dir mein ganzes Vermögen, mit Ausnahme meiner Bibliothek, an diese sollst du dich erst dann halten dürfen, wenn das übrige dich nicht deckt); danach sind also die cetera bona nur bedingt verpfändet. Mühlenbruch erinnert dabei an eine ähnliche Wortspielerei in Fr. 5. §. 1. *de Admin. tut.* — Ganz entsprechend ist schon meine Uebersetzung im deutschen Corpus Juris.

stimmt, daß für das letztere schon ehe es zur Ausübung kommt, alle einzelnen Gegenstände mit Gewißheit übersehen werden können, und zwar von der Grenze der einzelnen Sache bis zum gesammten gegenwärtigen Vermögen; während jenes von der Zeit der Verpfändung bis zur Ausübung eine unbegrenzte Ausdehnung gewinnen kann, und also bis zur Tilgung der Schuld stets die Möglichkeit der Vermehrung für sich behält.

Es ist schon am Schluß des vorigen Paragraphen kürzlich bemerkt worden, daß im allgemeinen Pfandrecht die einzelne Sache ebenso haften müsse, wie im besondern; diese Behauptung ist jetzt ausführlicher und im Verhältniß zu der aufgestellten Gegenmeinung [1]) zu begründen, daß die allgemeine Hypothek nicht die einzelnen Theile des verpfändeten Vermögens, sondern nur den juristischen Inbegriff der dazu gehörigen Sachen und Rechte, das gesammte Vermögen des Schuldners als universitas juris betrachtet. Hieraus soll folgen, daß einzelne Sachen nur als Bestandtheile der Gesammtheit haften, d. h. so lange sie dies seien; wonach ein Austritt derselben aus ihr durch Veräußerung geschehen könne, welche als stillschweigend vom Gläubiger gebilligt zu betrachten sei; denn bei der universitas finde steter Wechsel Statt, und der Preis trete fortwährend an Stelle der Sache und umgekehrt. — Neben dieser Theorie ist noch eine andere aufgestellt worden [2]). Wenn die Parteien es bedungen haben, begreife das Vermögenspfandrecht alle einzelne Gegenstände, wie wenn sie speciell verpfändet seien. Außerdem müsse die Absicht der Contrahenten untersucht und im Zweifel angenommen werden, daß dem Verpfänder die Verfügung über sein Vermögen nicht entzogen sei. Dies sei in Deutschland oft für die Hauptregel gehalten worden, denn die römische Vorsichtsmaaßregel, bei einem allgemeinen Pfandrechte auszumachen, es sollen alle einzelne Stücke haften, sei in Deutschland selten. Oft werde durch den

---

1) S. Bülow Abhandl. über einzelne Materien d. R. R. Th. 1. Nr. 1. Seuffert a. a. O. S. 89 ff.

2) Von Roßhirt S. 14.

Ausdruck im Gegensatz des Ganzen zum Besondern der Umfang des letztern kenntlich, und daher sei bei den Römern oft neben der Verpfändung einer besondern Sache nur die ausdrückliche subsidiäre Verpfändung der andern zur Zeit jener Verpfändung vorhandenen Vermögensstücke, jedoch in specieller Rücksicht auf sie, gemeint. — Die zweite Meinung ist so geschraubt und gekünstelt, daß sie ganz unpractisch sein würde, wenn nicht ihre willkührlichen Voraussetzungen sie ohnehin unzulässig machten. — Die erste hängt offenbar mit der im vorigen Paragraphen bekämpften Ansicht vom Haften der einzelnen Stücke in einer Gesammtheit, universitas facti, zusammen; darum läßt sie sich aber auch aus Gründen, welche den dort aufgeführten verwandt sind, widerlegen[1]). Es ist nemlich in der That kein Grund vorhanden, das Vermögen eines Menschen gerade als universitas juris von andern Begriffsganzen zu unterscheiden, und namentlich liegt ein Unterschied weder in der Beschaffenheit der einzelnen Gegenstände, noch im juristischen Character der universitas. Allerdings ist das Vermögen eines Menschen ein ideelles Ganzes, allein die juristischen Beziehungen, in welche es kommen kann, geben den Ausschlag, in welcher Weise es als Begriffsganzes in's Auge gefaßt wird. Kommt nun also, wie bei der Erbschaft so auch bei der Verpfändung eines ganzen Vermögens, dessen Natur als Begriffsganzes rechtlich vorzüglich und vor andern Fällen in Betracht, so sind es doch eben die individuell bestimmten Sachen, welche der universitas hier ihren Werth geben. So erscheint nun die universitas beim Pfandrecht in der doppelten Eigenschaft als Begriffsganzes und Inbegriff bestimmter Sachen. Wie sehr aber bei der Ausübung des Pfandrechts die letztere Seite desselben hervorleuchte, beweist noch der Umstand[2]), daß vom Generalpfandgläubiger nirgends gesagt wird, er habe ein Recht auf das patrimonium oder eine universitas des Schuldners, sondern stets eine Bezeichnung im Plu-

1) S. Mühlenbruch im Archiv Bd. XVII. bes. S. 346. Unbrauchbar ist: Hoffmann über den Einfluß allgemeiner Pfandrechte auf die einzelnen Sachen des Schuldners. Darmstadt 1830.

2) f. Seuffert a. a. O. S. 92.

ral[1]), womit die Mehrheit aller einzelnen Sachen, nicht deren ideelle Einheit, bezeichnet ist. Es versteht sich freilich, wie ebenfalls schon zu Ende des vorigen Paragraphen ausgesprochen worden, daß, wenn in einem verpfändeten Gesammtvermögen eine taberna mitverpfändet ist, für diese und deren einzelne Bestandtheile die gewöhnlichen Grundsätze gelten. Der für sie geltende Grund (s. S. **466. 468.**), welchen Manche auch für die Verpfändung eines Gesammtvermögens als geltend betrachtet haben, ist aber darum auf das letztere unanwendbar, weil der Wechsel der individuell bestimmten Sachen für dasselbe wohl möglich, aber keineswegs Zweck wie bei ersterer ist. Daher ist auch von einiger wesentlichen Bedeutung und Einfluß der vermeintlichen Rechtsregel: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei, hier keine Rede, und der ganze Satz überhaupt nichtssagend[2]). — Endlich giebt es eine Reihe von Gesetzstellen, aus welchen klar hervorgeht, daß eine durch ein allgemeines Pfandrecht ergriffene Sache ganz ebenso hafte, wie wenn sie besonders verpfändet wäre; z. B.

Fr. 15. §. 1. *de Pignoribus* (s. o. S. **388.**).

Die in dessen Schlußworten enthaltene Erklärung der gebräuchlichen Verpfändungsformel spricht klar und deutlich, und ist der Natur des Geschäfts vollkommen angepaßt[3]). Ebenso unzweifelhaft spricht:

C. 2. *de Pignoribus.* — Quamvis constet specialiter quaedam, et universa bona generaliter adversarium tuum accepisse, et *aequale jus in omnibus* habere, jurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea quae postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri praeses provinciae jubebit.

---

1) Namentlich bezeichnet bona die universitas der Erbschaft nur in dem hier nicht in Betracht kommenden prätorischen Gegensatz zur hereditas im civilrechtlichen Sinn. Ders. ebendas.

2) Mühlenbruch a. a. O. S. 345.

3) Seuffert S. 96.

Fr. 29. *Qui et a quibus manum.* (s. S. 488.) In dieser Stelle ist der einzelne Gegenstand eines allgemeinen Pfandrechts von einer Seite her in Betracht gezogen, wo er es nicht werden könnte, wenn das bloße Begriffsganze verpfändet wäre. — Endlich lehren viele Stellen unumwunden, daß der allgemeine Pfandgläubiger sein Pfandrecht gegen dritte Besitzer verfolgen könne, und zwar auf eine Weise, die keine Vermuthung aufkommen läßt, daß die Römer eine Verschiedenheit in dieser Hinsicht anerkannt hätten [1]). Das bestärkt namentlich noch der Umstand [2]), daß die ausdrückliche Vorschrift nicht für überflüssig befunden ward, die mit Einwilligung des Gläubigers geschehene Veräußerung eines zum allgemeinen Pfandrechte gehörigen Gegenstandes sei gültig, und darin liege, wie gewöhnlich, ein Erlaß des Pfandrechts; denn das ist eine klare Gleichstellung des allgemeinen mit dem besondern Pfandrechte rücksichtlich seines Einflusses auf die Pfandgegenstände.

Zur Bestellung eines allgemeinen Pfandrechts ist zwar keine bestimmte Formel vorgeschrieben, doch wird die zu wählende wenigstens der Erklärung einer beabsichtigten Ausdehnung auf die Zukunft fähig sein müssen. So würde also z. B. durch die Formel: eine Hypothek an meinem ganzen Vermögen [3]), weil dieses dann außer seinem dermaligen Bestand in der Beschaffenheit in Betracht kommt, wie es zu der Zeit sein wird, wo das Pfandrecht ausgeübt werden wird, ebensowohl ein allgemeines Pfandrecht bestellt werden, wie durch [4]) die: mein künftiges Vermögen, es müßte denn dieses als der Inbegriff von einem gewissen Zeitpunkt an zu erwerbender Sachen zum Gegensatz anderer erscheinen. Im zweiten Fall würde also der gebrauchte Ausdruck einer besondern Hypothek diesen Gegensatz begründen, im erstern aber

---

1) Vgl. Fr. 47. pr. *de J. F.* C. 6. *de Privilegio fisci.* Fr. 1. *de Distract. pign.* (s. dazu *Huschke* l. l. p. 66.) C. 8. §. ult. *de Secund. nupt.*

2) C. 11. *de Remissione pign.*

3) Römisch omnia, oder universa bona, s. z. B. Fr. 29. §. 3. *de Pignoribus*; übrigens hat Justinian diese ausdrücklich auf das künftige Vermögen noch erstreckt, s. S. 486.

4) *Caplick* l. l. p. 39.

ohne Einfluß sein. — Ob die Verpfändung: des beweglichen und unbeweglichen Vermögens, ein allgemeines Pfandrecht bezeichne, ist sehr streitig [1]); eine gesetzliche Entscheidung darüber mangelt [2]). Die Frage kann nicht im Allgemeinen entschieden werden; es muß der Unterschied beobachtet werden, ob jene Formel nur als, auch etwa erläuternder, Zusatz zu einer das Gesammtvermögen schon bezeichnenden sei, oder nicht. Dort thut es der letztern keinen Eintrag, wenn auch sonst streng genommen unkörperliche Sachen darunter nicht begriffen werden können, weil ein Widerspruch entstehen würde, den die Contrahenten nicht beabsichtigt haben können [3]). Hier aber kann den Worten nach nur ein besonderes Pfandrecht verstanden werden.

Die letzte Frage betrifft die unbestimmte [4]) Verbindung eines allgemeinen und eines besondern Pfandrechts; sie ist wegen des so häufig vorkommenden Gebrauchs dieser Verbindung von großer Wichtigkeit; von jeher haben darüber die verschiedenartigsten Ansichten geherrscht, und erst ganz neuerlich hat sie eine ausführliche Beantwortung gefunden [5]).

Im Allgemeinen ist man freilich über die Rechtsregel [6]) einig gewesen, daß bei der unbestimmten Verbindung eines

---

1) Glück XVIII. S. 228. Overbeck Meditat. I. S. 298.

2) Fritz zu Wening S. 411.

3) *Huschke* l. l. p. 67.

4) Im Gegensatz zu einer bestimmten, d. h. wörtlich selbst die Art der Verbindung und Ausübung näher angebenden Verpfändung (vgl. §. 50.), s. Thibaut im Archiv Bd. XVII. Nr. 1. S. 14. Hierher ist auch das s. g. jus eligendi et variandi zu rechnen, s. Glück XVIII. S. 236. Gesterding S. 389 u. 394. Roßhirt a. a. O. S. 16. Zimmern in der Zeitschr. B. I. S. 47. f. u. §. 57. II. 1. Man kann dies jedoch nicht eigentlich als eine Replik gegen das Beneficium excussionis realis ansehen, sondern es gehört gewissermaßen zum Klagegrunde, und wird also libello insertum seine volle Kraft äußern.

5) S. Glück a. a. O. und Thibaut a. a. O. Der letztere hat das Verdienst einer richtigen Darstellung und Begründung dessen, worüber man bisher im Allgemeinen einig war, in der Ausführung der dahin gehörigen Einzelheiten, und der Hervorhebung des Unterschieds, von dem nachher eben als wesentlich oben die Rede ist. Wir haben seine Ansicht mit geringen Abweichungen zur unsrigen gemacht.

6) Ueber den Grund derselben ist man verschiedener Meinung; Manche leiten sie aus einem Jus singulare ab; *Mühlenbruch* l. l. §. 319.) (9) hält sie für eine Anwendung der Regel, daß die species dem genus derogirt, und ihm mögte beizupflichten sein.

allgemeinen mit einem besondern Pfandrecht der Besitzer solcher Sachen, die zum erstern gehören, wenn er mit der hypothekarischen Klage angegriffen werde, verlangen könne, daß die besonders verpfändete zuerst in Anspruch genommen werden solle, mit andern Worten, über die Bedeutung der s. g. Exceptio (oder beneficium) excussionis realis [1]). Es ist aber dabei zweierlei bisher stets Vermengtes zu sondern: erstens ist die Frage sehr wesentlich, welcher Besitzer (es sind deren drei denkbar, der Verpfänder, ein Dritter und ein anderer Pfandgläubiger,) hat diese Einrede, und hat er sie unbedingt? Zweitens, ist es bei der Verpfändungsformel gleichgültig, ob das besondere Pfand voran oder nachher gestellt wird? — Da die erste Frage in jedem Falle der zweiten vorkommen kann, so wird die Eintheilung des Fernern hiernach zu treffen sein.

I. Der Fall, wo die allgemeine Verpfändung gleichsam nur zur Aushülfe dient, also wenn es heißt: ich verpfände dir mein Haus und auch mein übriges Vermögen, (auch wenn mit noch mehr heraushebender Formel, wie insbesondere, und im Allgemeinen) kommt in vier Gesetzstellen vor, in **Fr. 15. §. 1.** *de Pignoribus* (s. S. **388.**), **F. 2.** *Qui potiores* etc. (s. S. **470.**) (**6.**) **C. 2.** *de Pignoribus* (s. S. **492.**) und **C. 9.** *de Distractione pignoris.* — Quae specialiter nobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem bona fide debetis et solenniter vendere. Ita enim apparebit an ex pretio pignoris debito satisfieri possit. Quod si quid deerit, non prohibemini, cetera etiam bona jure conventionis consequi. (**287.**)) — Ohne Zweifel [2]) ist die natürlichste und angemessenste Erklärung dieser Verpfändung die, daß das Pfandrecht sich zwar so gut auf die verpfändete Gesammtheit beziehen soll, wie auf den besonders genannten einzelnen

---

1) S. Thibaut a. a. O. S. 2. im Gegensatz zur excussio personalis, d. h. der durch Nov. 4. dem dritten Besitzer des Pfandes allgemein gestatteten Einrede, wodurch er den klagenden Gläubiger an den Schuldner oder dessen Stellvertreter verweisen darf, s. §. 59. A.

2) S. auch Hepp in der A. L. Z. 1832. S. 531 f. gegen Gesterding S. 392. und Elvers in der jurist. Zeit. 1829. S. 331.

Gegenstand, allein das Wahlrecht des Gläubigers, die Cetera anzugreifen, durch stillschweigenden Vertrag beschränkt sei, so lange die Species ausreichen wird. Hierauf zeigt auch die vorletzte Stelle sehr deutlich hin, die dem zufolge nach den Grundsätzen über stillschweigende Verträge zu erklären ist [1]). Hieraus erwächst die vorgedachte Einrede der Excussio realis. Sie ist von durchaus allgemeinem Character, und also jedem Besitzer eines generell verpfändeten Vermögensstücks, sofern er, wie man nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird hinzufügen müssen, ein rechtlich begründetes Interesse hat, zuständig, und ohne daß auf die Person des Besitzers der speciell verpfändeten Sache etwas ankäme, mithin sowohl dem nachstehenden Pfandgläubiger, als dem Verpfänder [2]) und jedem dritten Besitzer. Nur würde beim zweiten eine Ausnahme dann eintreten, wenn er ein bewegliches Specialpfand veräußert hat, weil dies dem Furtum gleichsteht [3]); keine solche hingegen findet Statt, wenn die Einrede Excussionis personalis mit jener zusammentrifft [4]). — Das muß jedoch hinzugesetzt werden [5]), daß die Verfolgung des Specialpfandes durch weite Entfernung des Besitzers (z. B. wenn es durch Uebergabe an Schadens Statt an ihn gelangt ist,) gegen die der generell verpfändeten Vermögensstücke nicht erschweret sei, und daher eine wirksame Replik wider die Einrede entstehe. Dem Pfand-

---

1) Gesterding S. 396. bestreitet diesen Gesichtspunkt, und will ein absolutes gesetzliches Beneficium annehmen. Das ist aber nicht vorhanden; denn so lange eine gesetzliche Anordnung juridisch sich erklären läßt, wie eben hier durch stillschweigende Willensannahme, darf man sie doch nicht als außerordentliche Maaßregeln bezeichnen, m. a. W. den Knoten nicht eher zerhauen, als wenn er unauflöslich ist. — Dessen ungeachtet stimmen wir ihm darin bei, daß die Exc. excuss. auch dann Platz ergreifen könne, wenn eine besondere Hypothek neben einer gesetzlichen allgemeinen bestellt ist, und halten Leyser's entgegengesetzte Meinung (Med. Sp. 225. 7.) für falsch, aber nicht wie Gesterding, wenn man von stillschweigender Willenserklärung ausgehe, für unwiderleglich. S. die Anm. unter II.

2) S. Hepp im Archiv Bd. IX. S. 368 ff. Fritz a. a. O. S. 537.

3) Fr. 19. §. 6. Fr. 68. pr. Fr. 70. *de Furtis.*

4) Die weitere Ausführung s. bei Thibaut S. 16—25.

5) Thibaut hat diese Beschränkung nicht.

gläubiger könnte sonst unmöglich werden, sein allgemeines Pfandrecht überhaupt geltend zu machen.

II. Wenn zuerst das ganze Vermögen verpfändet und dann noch einzelne Stücke namhaft gemacht worden [1]), so ist in Ermangelung einer gesetzlichen Entscheidung dem freien Verstande die Ordnung der Verhältnisse anheim gegeben. Es ist hier denkbar [2]): 1. daß der Verpfänder aus eigenem Antriebe handelt, und also hinterher noch einen Gegenstand im Besondern verpfändet. Hier ist gegen die bisher gangbare Meinung anzunehmen, daß sich das Wahlrecht auf alle Gegenstände ohne Unterschied erstrecke, und in keiner Art, wie vorgedacht, beschränkt sei, weil einer so gefaßten allgemeinen Verpfändung nicht die blos aushelfende Eigenschaft der umgekehrten beigelegt werden kann, und die besondere Verpfändung in mancher Hinsicht vortheilhafter ist, als die allgemeine, mithin jener Art des Ausdrucks ein sehr guter Sinn beigelegt werden kann. 2. Dasselbe muß gelten, wenn der Gläubiger das besondere Pfand verlangt hat. 3. Ist es ungewiß, wer die Art der Verpfändung veranlaßt hat, so bleibt es ebenfalls bei dem Bisherigen, weil, sie möge ausgegangen sein, von wem sie wolle, die Wirkung dieselbe sein würde.

§. 52.

Von den Verschiedenheiten zwischen dem allgemeinen und dem besondern Pfandrecht, abgesehen vom Umfang.

Zwischen dem allgemeinen und dem besondern Pfandrechte ist außer dem des Umfangs nach Verschiedenheit des Gegenstandes ein mehrfacher Unterschied vorhanden.

---

1) Hierher gehört auch der Fall, wenn das allgemeine Pfandrecht ein gesetzliches ist, (s. Anm. 1. vor. Seite), d. h. wenn ein solcher Gläubiger sich noch eine ausdrückliche besondere Hypothek hat bestellen lassen, denn darin kann auf keinen Fall eine Beschränkung seines Rechts — sobald von unbestimmter Verbindung beider Pf. R. die Rede sein soll, s. Anm. 4. S. 494. — gefunden werden, weil man doch in der Bestellung dieser besondern Hypothek keinen Verzicht auf das Wahlrecht annehmen kann.

2) Thibaut a. a. O. S. 26.

1. Der Verpfänder einer im Besondern verpfändeten Sache begeht durch deren Veräußerung eine Dieberei [1]), wenn keine Befriedigung des Gläubigers dabei erfolgt [2]).

2. Das allgemeine Pfandrecht verbietet die Freilassung von Sklaven nicht, wohl aber die besondere eines oder mehrerer bestimmten Sklaven [s. hierüber Anm. 1. [3]) S. 488 f.]; es versteht sich, daß im ersten Fall keine Beeinträchtigung des Pfandgläubigers beabsichtigt [4]) noch zu besorgen sei, wogegen es im letztern gleichgültig ist, wenn auch der Gläubiger dadurch nicht gefährdet würde [5]).

3. Die Natur der Sache bringt es mit sich, daß ein allgemeines Pfandrecht nur durch Hypothek bestellt werden kann, weil der Umfang rücksichtlich seines Gegenstandes unbeschränkt ist, wenn auch der größte Theil desselben in den Besitz übergeben werden könnte.

4. Für die Gültigkeit des besondern Pfandrechts erfodert die Regel, daß sein Gegenstand zur Zeit der Verpfändung dem Verpfänder gehörig gewesen, und es liegt ihm bei geschehenem Widerspruch vom dritten Besitzer (s. §. 59.) der Beweis davon ob; für das allgemeine Pfandrecht genügt es, daß der fragliche Gegenstand nach der Zeit der Verpfändung zu des Verpfänders Vermögen gehörig geworden sei, wenn er auch zu der, wo er in Anspruch genommen wird, nicht mehr dazu gehört, vorausgesetzt, daß der jetzige Besitzer sein Recht vom Verpfänder ableitet, oder dessen stärkerm Rechte weichen muß [6]).

---

1) Fr. 68. pr. *de Furtis.* — Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam, quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori, sive speciali pactione tantum obligaverat; idque et Julianus putat. (PAUL. 7. *ad Plaut.*) — Fr. 19. §. 6. *eod.* — Furtum autem rei pigneratae dominus non tantum tunc facere videtur, quum possidenti sive tenenti creditori aufert, verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, utputa si rem pigneratam vendidit, nam et hic furtum eum facere constat. (ID. 9. *ad Sab.*) Fr. 20. *eod.*

2) Fr. 2. *de P. A.*

3) Fr. 27. 29. *Qui et a quibus manum.*

4) C. 2. *de Servo pignori dato.*

5) Fr. 3. *de Manumiss.* — Servus pignori datus, etiamsi debitor locuples sit, manumitti non potest. (PAUL. 39. *ad Ed.*)

6) Fr. 15. §. 1. *de Pignoribus.* Die letzte Hälfte des obigen Satzes ist Folge allgemeiner pfandrechtlicher Grundsätze.

5) Das allgemeine Pfandrecht erstreckt sich nicht nur auf die Sachen nicht, welche der Verpfänder nicht hätte einzeln und besonders verpfänden können, sondern auch nicht auf die, von denen es wahrscheinlich ist, daß sie der Verpfänder im Besondern nicht würde verpfändet haben. Hierher sind zu rechnen: die Gegenstände, welche der Verpfänder zum täglichen Gebrauch und Bedarf nöthig hat [1]); die Gesetze machen als solche namhaft: Hausgeräth, Kleider, Sklaven zum täglichen Gebrauch. Natürlich kann nicht alles Hausgeräth, nicht alle Kleider verstanden werden, wenn deren in größerer Menge vorhanden sein sollten, oder wenn sein Vermögen nur in solchen Sachen besteht, sondern nur das Nothwendige; ferner mögte die Analogie ergeben, daß die von den Sklaven gültigen Vorschriften auch auf manches Vieh zu erstrecken seien, z. B. die Pferde eines Lohn- oder Frachtfuhrmanns. Unzweifelhaft werden sie auf das Handwerkszeug ausgedehnt [2]). — Es werden ferner diejenigen Sachen davon ausgenommen, zu denen der Verpfänder eine besondere Zuneigung hat [3]). Da das römische Recht hierzu

---

1) Fr. 6. *de Pignoribus.* — Obligatione generali rerum, quas quis habuit habiturusve sit, ea non continebuntur, quae verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse: utputa supellex: item vestis relinquenda est debitori; et ex mancipiis, quae in eo usu habebit, ut certum sit, eum pignori daturum non fuisse: proinde de ministeriis ejus perquam ei necessariis, vel quae ad affectionem ejus pertinent, (ULP. 73. *ad Ed.*) Fr. 7. *eod.* — vel quae in usum quotidianum habentur. (PAUL. 68. *ad Ed.*) Es ist dabei gleichgültig, ob er diese Sachen zur Zeit der allgemeinen Verpfändung schon in bonis gehabt, Fr. 9. pr. *eod.* — Sed et quod ad eas res, quas eo tempore, quo paciscebatur in bonis habuit, idem observari debet. (GAI. 9. *ad Ed. prov.*) Ich muß bei dieser Gelegenheit Glücken eine Ehrenerklärung ablegen, dessen Auslegung ich jetzt (XVIII. S. 211.) als richtig mit Andern anerkenne, während ich ihm im deutschen C. J. Bd. II. S. 478. (3) Unrecht gab und Sammet's Erklärung (Hermeneutik S. 82.) vorzog. Uebrigens hat man in der Stelle häufig gar keinen Sinn finden können, s. z. B. Westphal a. a. O. S. 92., der sich nur durch ein einzuschiebendes non helfen zu können glaubt, „wenn Verstand herauskommen soll", um zu beweisen, daß die Generalhypothek ehedem die res futurae nicht begriffen habe.

2) Glück XVIII. S. 221.

3) Fr. 8. *eod.* — Denique (z. B.) concubinam, filios naturales, alumnos constitit, generali obligatione non contineri, et si qua alia sunt hujusmodi ministeria. (ULP. 73. *ad Ed.*) C. 1. *Quae res pignori.* — Alumnos tuos et ceteras res, quas neminem credibile est, pi-

solche Beispiele aufführt, die heutzutage nicht mehr practisch sind, so wird, wenn aus dem angegebenen allgemein gefaßten Grunde der Pfandschuldner eine Sache ausgenommen wissen will, der richterlichen Beurtheilung freier Spielraum gegeben [1]). (S. noch S. **470.** u. S. **165.**)

Ob endlich hier ein Unterschied vorhanden sei, je nachdem das allgemeine Pfandrecht ein gesetzliches oder ein freiwilliges sei, ist von Einigen verneint und von Andern, und zwar zum Theil mit Beschränkung, bejahet worden [2]). Da jedoch die ersteren den letzteren, indem sie ihnen ihren Ursprung verdanken, namentlich wenn von Ausdehnungen gegen sie die Rede ist, möglich analog zu beurtheilen sind, so wird mit Recht Gleichheit anzunehmen sein. Es kann uns darin auch nicht der Umstand irre machen, daß das römische Recht manche stillschweigende Pfandrechte geschaffen habe, die weit über die Grenzen des Willens der Contrahenten hinausgegangen seien; das mögte wohl, wenn man auf den des Schuldners sieht, von den meisten gelten, wogegen der Gläubiger stets geneigt sein wird, von sich das Gegentheil zu versichern. Wir müssen also hierin die Sache nehmen wie sie ist, zugleich aber die Analogie in der Erklärung des Umfangs möglichst geltend machen, und dann spricht alles für die Beschränkung, welcher bei gesetzlichen Pfandrechten immer eher das Wort zu reden ist, als bei den freiwilligen, da es ja bei jenen unmöglich ist, etwas ausdrücklich auszunehmen, wie bei den letzteren, und wenn eine Ausnahme sogar bei diesen sich gesetzlich verstehen soll, man dadurch schon sich für berechtigt halten mögte, für die andern nun um so mehr dasselbe anzunehmen.

Hierin kann auch der Tod des Verpfänders keinen Unterschied machen [3]), weil die Gesetze diese Gegenstände vom

---

gnori specialiter daturum fuisse, generali pacti conventione, quae de bonis tuis facta est, in caussa pignoris non fuisse rationis est. (197.)

1) Glück a. a. O.

2) S. Meißner stillschw. Pf. R. §. 30. *Musset* Comm. de jure pign. legato Sp. I. Hepp in der angef. Recension S. 495. Fritz a. a. O. S. 414. Die letzteren sind der unsrigen entgegengesetzter Meinung.

3) Glück verlangt ein Interesse des Erben.

allgemeinen Pfandrecht ohne Unterschied ausschließen, mithin auch nicht ein zufälliges Ereigniß sie demselben unterwerfen darf. Aus gleichem Grunde kann auch nicht zugegeben werden, daß jene ausgenommenen Gegenstände zur Hülfe als Pfänder haften [1]), wenn andere fehlen; aber freilich können sie Gegenstände des prätorischen Pfandrechts durch Auspfändung werden.

Durch den Tod des Pfandschuldners nimmt das allgemeine Pfandrecht, da seine Grenzen nun geschlossen sind, den Character eines besondern Pfandrechts an, doch so, daß die bisherigen Verschiedenheiten fortbestehen [2]). Was später noch zum verpfändeten Nachlaß hinzukommt, ist Accession.

---

1) Wie Glück S. 223. will.
2) S. Fr. 29. pr. *de Pignoribus.*

Neunter Abschnitt.

Von den Wirkungen des Pfandrechts in Ansehung der absoluten Befugnisse des Gläubigers und des Verpfänders zum Pfande.

---

§. 53.

Allgemeine Regeln — Besitzergreifung.

Die absoluten Befugnisse des Gläubigers setzen wir denen entgegen, welche durch besondere Verhältnisse herbeigeführt werden, also relative sind; letztere gehören zwar auch zu den Wirkungen des Pfandrechts, allein sie erfodern außer der Verpfändung noch ein Zusammentreffen eigenthümlicher Umstände, und während die ersteren aus jedem Pfandrecht folgen, gehören die letzteren entweder nur dem freiwilligen allein, oder gar nur dem Faustpfande an. Jene sind durchaus wesentliche, wenn sie auch nicht gerade gleich geltend gemacht werden können, und stehen und fallen mit dem Begriff des Pfandrechts [1]), so daß auf sie nicht gänzlich verzichtet werden kann, ohne daß dieses selbst mit ihnen zugleich aufgehoben würde; diese können fehlen, oder durch Verzicht aufgegeben werden, ohne daß jenem Begriff der mindeste Abbruch geschähe. Zu jenen gehören die drei Rechte: der Besitzergreifung, des Verkaufs und des Antrages auf Zuschlag

---

1) Insofern muß man jetzt wenigstens den Verkauf und die Impetratio dominii als wesentliche Wirkungen des Pfandrechts betrachten, wenn schon dieses nicht wesentlich in ihnen besteht, und obgleich beide früher auf besonderm Vertrage beruhten, s. S. 504.

des Eigenthums; zu diesen alle diejenigen Befugnisse, welche der durch Pfandcontract oder die hypothekarische Klage entstandene Besitz des Pfandes gewährt, als: das Recht, das Pfand zu verpachten (S. **234**.), von fruchttragenden Pfändern die Früchte zu ziehen (S. **234**.), das qualificirte Innebehaltungsrecht (**243**.), das Afterverpfändungsrecht (S. **185**.) u. s. w. Nur die Afterverpfändung eines verpfändeten Foderungsrechts (S. **191**. vergl. mit S. **137**.) erfodert den, überhaupt hierbei unmöglichen, Besitz nicht, und wäre insofern allerdings auch ein absolutes Recht zu nennen.[1]) — Von diesen letzteren besondern Befugnissen ist schon oben §. **27**. u. §. **23**. die Rede gewesen, so daß gegenwärtig nur die wesentlichen Befugnisse des Gläubigers aus dem Pfandrechte noch zu erörtern sind.

Die Besitzergreifung also zuerst ist hier als Folge des Pfandrechts, nicht des Pfandcontracts, zu verstehen. Der Gläubiger kann den Besitz jedem Besitzer in eigenem Namen abfodern, welcher minder dazu berechtigt ist, als er, und namentlich dem Verpfänder selbst, allein jede Eigenmächtigkeit ist hier ausgeschlossen[2]), und er darf sich nur durch die zuständigen Rechtsmittel in denselben setzen, oder den verlorenen wiederfodern, weshalb bei diesen noch namentlich von den Erfodernissen der Ausübung dieses Rechts ausführlicher gehandelt werden wird. (S. §. **59**.)

Der Besitz kann fortgesetzt werden, bis die Schuld bezahlt ist; doch kann er von keiner andern als vorbereitenden Bedeutung sein, nemlich für den Verkauf, das Pfand müßte denn ein fruchttragendes sein; doch ist er für den Verkauf nicht wesentlich (s. den folgenden §.). — Da die Natur des Pfandbesitzes bereits oben §. **27**. erörtert ist, und die Rechtsmittel, ihn herbeizuführen, unter §. **59**. besonders werden abgehandelt werden, so genügt es hier an diesen allgemeinen Bemerkungen.

---

1) Desgleichen, daß der Pfandgläubiger nicht gezwungen werden kann, in Nachlaßverträge zu willigen, s. **Fr. 10.** *de Pactis*.

2) Hat der Gläubiger die ihm verhypothecirte Sache als Depositum bekommen, so darf er sich sogar der Rückgabe nicht einmal unter Berufung auf sein Pfandrecht entziehen, s. **C. 11.** *Depositi*.

§. 54.

Vom Verkauf des Pfandes.

Der Verkauf des Pfandes [1]) ist ein Recht für den Pfandgläubiger [2]), und keine Verpflichtung; man hat ihm zwar denselben als solche dann angesonnen, wenn der Werth des Pfandes die Schuld weit übersteigt, und dasselbe vortheilhaft verkauft werden kann, allein den gesetzlichen Vorschriften geradezu entgegen, welche dem Pfandschuldner in diesem Fall nur den Verkauf gestatten, wobei dann der Gläubiger, wenn es ein Faustpfand ist, genöthigt werden soll, es dem Kauflustigen vorzuzeigen. — Selbst eine Anzeige und Auffoderung des Bürgen an den Gläubiger, das Pfand zu verkaufen, berechtigt ihn nicht, wenn jener es unterlassen und nachher sich an den Bürgen hat halten müssen, zur Einrede der Arglist [3]).

Die Befugniß zum Verkauf des Pfandes, früher [4]) ganz vom Pfandrecht getrennt, und auf besonderm Vertrage beruhend [5]), ist im neuern Recht, wenn auch nicht **wesentlich** mit dem Pfandrecht verbunden, so daß sie sich aus **dessen Natur** unbedingt von selbst verstände, sondern nur **neben ihm** bestehend, so daß der Vertrag jetzt still-

---

1) Hierüber vergl. bes. **Glück** XIX. S. 382 ff.

2) Fr. 6. pr. *de P. A.* — Quamvis convenerit, ut fundum pigneraticium tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is, qui pignus dederit, quia tua caussa id caveatur. Sed Atilicinus, ex caussa cogendum creditorem esse ad vendendum, dicit. Quid enim si multo minus sit, quod debeatur et hodie plures venire posset pignus? Melius autem est dici, eum, qui dederit pignus, posse vendere, et accepta pecunia solvere id, quod debeatur, ita tamen ut creditor necessitatem habeat, ostendere rem pigneratam, si mobilis sit, prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda, invitum enim creditorem cogi vendere, satis inhumanum est. (POMP. 35. *ad Sab.*) s. noch Fr. 51. §. 3. *de Fidejussoribus.* Man sollte also kaum glauben, daß es nöthig gewesen wäre, daran zu erinnern, da doch die, welche das Gegentheil behaupten, diese Stelle nur halb gelesen haben können.

3) Fr. 62. *de Fidejussoribus.*

4) Hiernach sind eine Menge von Stellen zu würdigen, worin des Verkaufs noch als ex pactione gedacht ist.

5) **Büchel** Natur des Pfandrechts, S. 82 f. s. Fr. 6. §. 8. *Communi divid.* Fr. 75. *de Furtis*, Fr. 14. §. 5. *de Divers. et temp. praescr.*

schweigend vermuthet wird [1]), dennoch sein fester und unzertrennlicher Begleiter [2]); denn der Gläubiger kann sich dessen nicht einmal durch ausdrückliche Entsagung begeben. Ist eine solche geschehen, so soll der Gläubiger den Pfandschuldner nur dreimal vorher zur Zahlung auffodern müssen, und wenn er dann säumig geblieben, zum Verkauf schreiten dürfen, ohnedies aber einem Diebe gleichgeachtet werden [3]); dies selbst dann, wenn über den Verkauf nur eine Nebenbestimmung in Betreff des Ortes, der Summe, oder einer Bedingung (nicht wegen der Zeit,) eingegangen worden ist, d. h. der Gläubiger soll auch an diese unter derselben Bedingung nicht gebunden sein. Der Verkauf kann durch nichts hintertrieben, und durch nichts abgewendet werden [4]), als durch Zahlung der ganzen Pfandschuld mit Zinsen und in ihrem ganzen Umfange; deren Stelle vertritt die gerichtliche Hinterlegung, falls der Gläubiger die Annahme derselben verweigert, nicht das bloße Angebot [5]), und dann ist der dessen ungeachtet geschehene Verkauf nichtig.

Der Verkauf erfodert zu seiner Gültigkeit, daß er bona fide geschehe [6]); um diese herzustellen, ist Folgendes zu beachten.

---

1) §. 1. J. *Quibus alienare licet.*

2) Wenn also zwei Gläubiger bei einem Pfande betheiligt sind, und der ältere gar nichts, sondern nur der zweite etwas über den Verkauf des Pfandes ausgemacht hat, so ist dennoch der erste allein dazu berechtigt. — Fr. 12. §. 10. *Qui potiores.*

3) Fr. 4. *de P. A.* — Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio, sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emtor dominium rei habere. Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat; ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denunciatum, ut solvat et cessaverit. (ULP. 41. *ad Sab.*) Fr. 5. *eod.* — Idque juris est, sive omnino fuerint pacti, ne veneat sive in summa aut conditione aut loco contra pactionem fuerit factum. (POMP. 19. *ad Sab.*)

4) C. 1. *Debitorem venditionem.*

5) C. 2. *eod.* (S. 433.) C. 8. *de Distractione pignorum.* — Si prius quam distraheretur pignerata possessio, pecuniam creditori obtulisti, eoque non accipiente facta contestatione eam deposuisti, et hodie quoque in eadem caussa permanet, pignoris distractio non valet. Quodsi prius, quam offerres, legem venditionis exercuit, quod jure subsistit, revocari non debet (239.) Ueber das Verhältniß von C. 5. *eod.* s. Fritz zu Wening S. 465.

6) C. 9. *eod.* (S. 495.)

1. Die Schuld muß fällig und die Befriedigung ausgeblieben sein [1]); an die Fälligkeit ist der Anfang der Veräußerungsbefugniß gebunden, jedoch ist nicht erfoderlich, daß die ganze Schuld fällig sei, sondern es genügt an der eines Theiles, wenn die ganze in verschiedenen Terminen zahlbar sein sollte. Zwar ist für den letztern Fall das Gegentheil behauptet und gelehrt worden [2]), es müssen alle Termine verstrichen und die gesammte Schuld zahlbar sein; allein die Stelle, auf welche man sich deshalb beruft, handelt von einem besondern vertragsmäßigen Uebereinkommen wegen des Verkaufs in Ansehung der Zeit, dem nichts entgegensteht, wovon natürlich kein Schluß auf die gesetzlichen Bestimmungen gilt [3]).

Es wird noch von Neueren außer dem Fälligsein der Schuld zuweilen erfodert, daß der Schuldner auch im Verzuge (in mora) sein solle [4]). Dies ist irrig, denn keine

---

1) Fr. 4. *de Distractione pignorum.* — Quum solvendae pecuniae dies pacto profertur, convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur. (PAP. 11. *resp.*)

2) Glück XIX. S. 383. dem auch Neuere folgen, vgl. Fritz zu Wening S. 455 f.

3) Fr. 8. §. 3. *de P. A.* — Si annua, bima, trima die triginta stipulatus acceperim pignus, pactusque sim, ut nisi sua quaeque die pecunia soluta esset vendere eam mihi liceret, placet antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me pignus vendere, quia iis verbis omnes pensiones demonstrarentur. Nec verum est sua quaque die non solutam pecuniam antequam omnes dies venirent; sed omnibus pensionibus praeteritis, etiamsi una portio soluta non sit pignus potest venire. Sed si ita scriptum sit, si qua pecunia sua die soluta non erit, statim competit ei pacti conventio. (POMP. 35. *ad Sab.*) Statt der letzten Worte ist *van de Waters* Conjectur, Obs. II. 19. nicht übel, zu lesen: ex pacto venditio. Vgl. *Gul. Dyemen* Tract. de formul. quibusd. in *Meermanni* thes. III. p. 330. Weniger wichtige Gegengründe weist Fritz a. a. O. S. 456. ab. Der Vertrag hingegen, daß das Pfand erst nach Ablauf einer gewissen Zeit solle gültig verkauft werden dürfen, ist gültig. C. 3. §. 1. *de Jure dominii impetr.* — Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pigneraverit si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore, sive in aliis conventionibus, ea observari, de quibus inter creditorem et debitorem conventum est. Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur foeneratori ex denunciatione vel ex sententia judiciali post biennium, ex quo attestatio missa, vel sententia prolata est, numerandum, eam vendere.

4) Vgl. hierzu Wening in der

einzige Stelle im Corpus Juris macht die Wirksamkeit des Pfandrechts vom Verzuge des Schuldners, als **ausdrücklichem** Erfoderniß, abhängig. Ist nun zwar auch in den meisten Fällen der Schuldner, sobald es zum Verkauf kommt, bereits fast zwei Jahre im Verzuge, so kann dennoch in den Fällen, wo ein Zusammentreffen solcher dazu erfoderlichen Umstände nicht eintritt, also der Begriff des Verzuges ausbleibt, als: wenn der Verpfänder eine andere Person, als der Schuldner, und an ihn die Mahnung ergangen ist; ferner, wenn der Schuldner, des Fälligseins und der Mahnung ungeachtet, nicht als im Verzuge betrachtet werden könnte, (z. B. bei Abwesenheit in Staatsgeschäften, feindlicher Gewalt u. s. w.); endlich wenn die Pfandschuld nicht klagbar ist, die Veräußerung und der Anfang des dazu erfoderlichen Zeitraums darum weder unmöglich gemacht, noch verschoben werden, weil das im Pfandrecht liegende Mittel zur Befriedigung des Gläubigers nicht blos dann wirksam wird, wenn deren Ausbleiben an einer dem Schuldner anzurechnenden Verzögerung liegt. Diese nemlich ist's, welche sonst einen Anspruch auf Schadloshaltung begründet. Allein die Gesetze schreiben sie so wenig vor, als sie zu deren Voraussetzung berechtigen; bei nicht klagbaren Obligationen endlich ist Verzug unmöglich.

Ebenso ungegründet ist das Erfoderniß der Liquidität der Foderung, welches man beinahe regelmäßig aufgeführt findet, und worunter nur verstanden werden kann, daß die Pfandfoderung an einem gewissen Gegenstande anerkannt, oder dem Gläubiger gerichtlich zugesprochen sein müsse, ehe die Anzeige wegen des Verkaufs geschehen dürfe [1]). Die Pfandveräußerung ist gültig, selbst wenn die Foderung bestritten wird. Freilich versteht sich, daß der Gläubiger nachher damit obsiegen muß, wenn er mit dem Schuldner darüber in Proceß gerathen ist. Hat sich das Gegentheil ergeben, wohin auch gehört, wenn der Schuldner nur den Be-

---

Zeitschrift Bd. I. S. 354 ff. und Fritz a. a. O. S. 459 ff., ersterer hat die ältere und letzterer die neuere Literatur und eine gründliche Beweisführung.

1) S. Fritz S. 456 ff.

trag der Schuldsumme bestritten und sich zur Zahlung derselben nach seiner Rechnung erboten, und nachmals damit obgesiegt hat [1]), so ist die Veräußerung ungültig. Entsteht ferner vor der Veräußerung des Pfandes über dieses ein wirklicher Streit, so bedarf es als ein Streitgegenstand nicht veräußert, und jene deshalb, selbst im Falle des Obsieges, nicht für gültig erachtet werden. Allein man kann darum doch nur sagen, daß die Gültigkeit des geschlossenen Verkaufs auf die Dauer, und die zu erzwingende Anerkennung seiner Gültigkeit gegen Jedermann, gleichwie von der rechtlichen Begründung der Verpfändung, so von der Gültigkeit der Foderung abhänge, m. a. W. ob der Pfandschuldner, wenn er sich dem widersetzt, nachmals zur Anerkennung des Geschehenen gezwungen werden könne, nicht, daß er es bereits sein müsse, um die Veräußerung an sich als gültig vorgenommen betrachten zu lassen. Denn die Rechtsgültigkeit der in Folge einer Jemandem zustehenden Befugniß, oder auch nur einer solchen, die er zu haben glaubt, vorgenommenen Handlung hängt nicht davon ab, daß diese Befugniß von allen Betheiligten anerkannt sei, sondern nur davon, ob sie nachmals, wenn es darauf ankommt, genöthigt werden können, sie wider sich gelten zu lassen, sobald nicht, wie bei der streitigen Sache (res litigiosa), eine ausdrückliche Ausnahme eintritt, wozu aber die Erhebung eines förmlichen Rechtsstreites gehört, nicht ein bloßer Widerspruch. Diese Grundsätze erkennt das römische Recht sowohl überhaupt [2]), als im Besondern für das Pfandrecht an [3]).

Allerdings aber gehört es zum Begriff der Fälligkeit einer Schuld, daß der letzte Tag der Zahlungsfrist ganz ver-

---

1) C. 5. *de Distract. pign.* — Si residuum debiti paratus es solvere, praeses provinciae dabit tibi arbitrum, apud quem, quantum sit quod superest ex debito, examinabitur, et sive ad judicem venire adversa pars cessaverit, sive ablato superfluo ad venditionem prosiluerit, improba alienatio proprietatis tuae jus non auferet. (231.)

2) Z. B. in Fr. 1. pr. *de Litigiosis.* — Litigiosam rem non facit denunciatio, quae impediendae venditionis caussa fit. (ULP. 76. *ad Ed.*)

3) C. 1. *eod.* — Cum creditor pignus vendit, non potest videri litigiosae rei emtio contrahi, etsi debitor interdicat, ne venditio perficiatur. (207.)

strichen sei, und mit dessen Verschiebung wird auch die Befugniß zum Verkauf vertagt [1]). Verkauf vor der Zeit, welche dazu durch Nebenvertrag festgesetzt ist, oder vor dem Zahlungstermin, stellt auch den Begriff der Dieberei gegen den Gläubiger her [2]).

2. Auf die Ausübung des Verkaufsrechts, d. h. die Art und Weise des Verkaufs und seine Förmlichkeiten, können zwar Verträge, soweit sie nicht Umstände betreffen, auf welche sie sich gültig nicht erstrecken dürfen (vergl. S. **505.** mit §. **57. I.**) den wesentlichsten Einfluß haben, so daß bei der Beurtheilung ihrer Rechtsgültigkeit diese zunächst in Betracht gezogen werden müssen [3]); ist aber darüber nichts ausgemacht worden, so gelten folgende Grundsätze.

Der Gläubiger, welcher zum Verkauf schreiten will, muß dem Verpfänder [4]) vorher Anzeige machen, daß er das Pfand verkaufen werde, wenn keine Einlösung geschehe [5]).

---

1) Fr. 4. *de Distract. pign.*

2) Fr. 75. *de Furtis.*

3) C. 3. §. 1. *de Jure dominii impetr.* — Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pigneraverit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore, sive in aliis conventionibus, ea observari de quibus inter creditorem et debitorem conventum est. Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur foeneratori, ex denunciatione vel ex sententia judiciali, post biennium, ex quo attestatio missa vel sententia prolata est numerandum, eam vendere.

4) Also nicht gerade dem Schuldner; vgl. Fritz S. 561.

5) Bei Gesterding S. 181 ff. findet sich eine verworrene Betrachtung darüber, ob nur eine interpellatio solutionis faciendae erforderlich sei, oder eine denunciatio distractionis, und letzteres geleugnet, obwohl für zweckmäßig gehalten. Es ist offenbar Willkühr, denunciatio, wofür C. 3. §. 1. *d.* sogar attestatio missa vorkommt, mit interpellatio gleichbedeutend zu achten; der Streit scheint aber überflüssig, weil eine Verbindung beider Handlungen: „wenn du nicht zahlst, so verkaufe ich", so nahe liegt, daß auch, wo das erstere nicht ausdrücklich hinzugesetzt worden, es in der Androhung des letzten mitenthalten ist. Dagegen kann in der Mahnung nicht diese Androhung gefunden werden, weil der Wille des Verkaufs nicht ausgedrückt wird. Man braucht sich also zur Unterstützung der gewöhnlichen Ansicht nicht einmal auf *Pauli* Sent. rec. II. 5. pr. Creditor, si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denunciare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur, — zu berufen, obwohl diese Stelle als die einzige, wo die Denunciatio näher characterisirt wird, wichtig genug auch ohne Gesetzeskraft sein muß, und hinreicht, Fr. 4. *de P. A.* welches widersprechend sein soll,

Die Anzeige, Denunciatio, braucht nur eine außergerichtliche zu sein, und ist statt der ehemaligen proscriptio pignoris und des annus luitionis von Justinian eingeführt; ihr gleich steht richterliches Erkenntniß, zu zahlen. Von der Rechtskraft dieses, oder dem Tage, wo die Anzeige an den Verpfänder gekommen, hebt nun eine zweijährige Frist an[1]), welche der Pfandgläubiger abzuwarten hat, ehe er zum wirklichen Verkauf schreiten kann. Ist ausdrücklich ausgemacht worden, daß er gar nicht solle verkaufen dürfen, so hat dies nur zur Folge (S. 505.), daß eine dreimalige Mahnung und Auffoderung geschehen muß. Da der Raum nicht bestimmt ist, welcher zwischen den drei Mahnungen liegen soll, so kann er nur dem richterlichen Ermessen anheim gegeben werden[2]). Der Anfang des zweijährigen Termins ist übrigens hier, auch wenn ein Urtheil vorangegangen[3]), ebenso zu bestimmen, wie wenn dieser Vertrag nicht eingegangen wäre, und die besondere Bestimmung der Gesetze wegen des letztern ohne Einfluß darauf, mithin gleichgültig, ob die dreimalige Mahnung im Laufe der Frist, oder nach deren Ablauf geschehe,

---

weil es dort heißt, denunciatum est, ut solvat, im rechten Lichte erscheinen zu lassen, da ut hier nicht einmal erklärend für das denunciatum est verstanden werden kann, sondern den Zweck andeutet, warum denuncirt sei. Vergl. auch Trotsche a. a. O. S. 47. (45.)

1) Donellus ist u. W. der Einzige, welcher l. l. p. 506 sq. die Nothwendigkeit des zweijährigen Zeitraumes für den Verkauf ganz und gar in Abrede stellt, und lediglich auf den nach geschehenem Zuschlag beschränkt wissen will. Allein seine Gründe, welche in einer angeblich richtigen Auslegung von C. 3. *d.* beruhen, sind ungenügend; denn deren Inhalt, wenn man sie im Zusammenhang liest und die Ordnung desselben nach der Paragraphenfolge betrachtet, zeigt unverkennbar an, daß die Frist für den gewöhnlichen und ordentlichen Pfandverkauf gemeint ist. Etwas Anderes wäre es freilich, wenn diese römisch-rechtliche Vorschrift schon in Italien nicht zur Anwendung gekommen wäre, wie Accursius bezeugt, woraus die interessante Frage entstände, wie sie sich für Deutschland verhalte, welches das R. R. über Italien bekam? — Schwerlich könnte diese aber anders als mit Verweisung auf die deutsche Praxis beantwortet werden, welche wiederum, wegen der wohl überall schon früh eingetretenen partikularrechtlichen Aenderungen der Frist, als keine gemeine erweislich sein dürfte. Denn an besondern Gewohnheiten und Herkommen mögte es nirgends fehlen, s. *Mevius* Decis. I. 19. 6. VIII. 268. 7.

2) Glück XIX. S. 385, s. Fritz a. a. O. S. 467. *Donell.* l. l. p. 502. hält 10 Tage zwischen jeder Mahnung für hinreichend.

3) Ders. S. 469.

und letztere fängt nicht etwa erst nach der dritten Mahnung an [1]); denn das wäre ein drittes Erfoderniß zum Pfandverkauf, was nicht zu erweisen ist [2]). — Die Anzeige ist der Allgemeinheit ihrer Vorschrift wegen unumgänglich nothwendig, und niemals überflüssig, es möge ein Termin zur Zahlung gesetzt, und der Schuldner sonst im Verzuge sein, oder nicht. Der Fall der Abwesenheit des Schuldners, so daß ihm keine Anzeige geschehen kann, ist gesetzlich nicht entschieden; man wird aber die Vorschrift für das Gesuch um Zuschlag des Eigenthums im gleichen Fall hier analog zur Anwendung bringen müssen (s. u. §. **56**. z. A.). Unrichtig ist aber die Anordnung wegen der Anzeige und zweijährigen Zeitraums für den Verkauf nur auf vertragsmäßige privatim zum Anschlag kommende Pfänder beschränkt, und behauptet worden, daß, wenn der Verkauf durch den Richter erfolge, nur die Form für den Verkauf des richterlichen oder prätorischen Pfandes erfodert werde. Eines läßt sich so wenig erweisen, wie das Andere, und wenn zwar die bezügliche Constitution des Codex anderer als des freiwilligen Pfandrechts nicht gedenkt, so läßt doch die Analogie und die überall sonst in wesentlichen Beziehungen hervortretende Gleichheit zwischen den nach dem Ursprung verschiedenen Pfandrechten den Schluß nicht zu, daß jene Vorschrift nur eine beschränkte und keine allgemeine sein solle. Denn eines Theils würde es dann an einer Form für den Verkauf der gesetzlichen Pfänder ganz fehlen, und andererseits spricht Justinian von seiner Constitution und namentlich der ratio legis so, daß an einer allgemeinen Beziehung derselben nicht zu zweifeln ist [3]).

Alles was vorstehend über die Anzeige in Bezug auf den Verkauf der Pfänder gesagt worden ist, behält auch dann

---

1) Zimmern will das mit der Glosse, Zeitschrift Bd. I. S. 50.

2) Fritz S. 468—70.

3) §. 1. J. *Quibus alienare licet.* — Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur neque debitores temere rerum dominium amittere videantur, nostra constitutione consultum est, et certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere, cujus tenore utrique parti creditorum et debitorum satis abundeque provisum est.

volle Anwendung, wenn dem Gläubiger die Veräußerung ausdrücklich gestattet worden ist, sie müßte denn an eine kürzere, oder an gar keine Frist gebunden worden sein [1]).

3. Für das Verfahren beim Verkauf selbst ist zuvörderst zu bemerken, daß die alte proscriptio pignoris [2]), von der noch hin und wieder im Codex die Rede ist, schon vor Justinian als antiquirt zu betrachten, und durch ihn in der neuen Constitution über die Anzeige aufgehoben worden ist, und zwar auch für den Fiscus, was Manche geleugnet haben [3]). Der Verkauf des Pfandes kann mit Ausnahme des gerichtlichen, sonst aber ohne Unterschied der Pfandrechte, sowie ohne solchen zwischen Pfand und Hypothek, immer privatim und aus freier Hand geschehen [4]); auch gültig verpfändete Güter solcher Personen machen davon keine Ausnahme, deren Grundstücke sonst nicht verkauft werden dürfen [5]), noch solche, die diesen verpfändet sind [6]). — Für den Verkauf gerichtlicher Pfänder haben schon oben S. **352.** einige wesentliche Bemerkungen angeführt werden müssen. Für sie ist auch gerichtlicher Verkauf vorgeschrieben, d. h. kein öffentlicher, im Wege des Meistgebots, und unter besondern Förmlichkeiten, sondern es soll nur zwei Monate nach der Auspfändung damit gewartet werden, ob etwa noch Zahlung erfolge [7]), und dann der vollstreckende Rich-

---

1) S. Wening a. a. O. S. 421. *Mühlenbruch* Doct. Pand. §. 321. (3) schließt, daß auch, wenn die Veräußerung ausdrücklich gestattet sei, gar keine Anzeige zu geschehen brauche, allein ich halte die dafür gebrauchten Beweisgründe nicht für stark genug. Denn die Gestattung der Veräußerung ist jetzt darum unwesentlich, weil sie sich von selbst versteht; es darf also wohl nicht an diese im Wesentlichen leere Form eine die gesetzlichen Erfodernisse der Veräußerung selbst ausschließende Folge geknüpft werden.

2) d. h. eine öffentliche Feilbietung des Pfandes, von welcher der Gläubiger den Pfandschuldner ausdrücklich benachrichtigen mußte, worüber C. 4. *de Distract. pign.* das Nähere ergiebt; sie war schon zu Justinians Zeit außer Gebrauch gekommen, s. C. 3. *de Jure dominii impetr.*

3) Marezoll im Magazin rc. Bd. IV. S. 376. Müller civil. Abhandl. Nr. 3. §. 7. Auch die von denselben erfoderte Anzeige des Tages und der Stunde des Verkaufs ist unrichtig und nicht zu erweisen, s. Fritz S. 471.

4) Fritz a. a. O. S. 470. Glück XIX. S. 401.

5) C. 1. 2. *de Praediis et aliis rebus* etc.

6) Fr. 5. §. 3. *de Rebus eorum qui sub tutela.*

7) Fr. 31. *de Re jud.*

ter [1]) den Verkauf besorgen [2]). Der Gläubiger wird hier gleich jedem Dritten zum Mitbieten und Kaufen zugelassen, und hat sogar ein Vorkaufsrecht [3]); andere Pfänder darf er ohne Uebereinkunft mit dem Schuldner [4]) darum nicht, also auch nicht einmal durch eine untergeschobene Person, kaufen, weil er mit sich selbst contrahiren würde; es wird vielmehr ein solcher Handel für durchaus nichtig gehalten [5]). — Der Schuldner kann das Pfand nicht kaufen, weil es seine eigene Sache ist, oder dafür angesehen wird, und selbst wenn er dazu gelassen worden wäre, und das Pfand um einen niedrigern Preis als den Betrag der Schuld erstanden hätte, kann er es dennoch nicht in Anspruch nehmen, ohne die ganze Schuld zu erlegen [6]).

Das Interesse des Verpfänders beim Verkauf des Pfandes sichert das römische Recht dadurch, daß es die Handlung des Verkaufs von Seiten des Gläubigers als im Auftrag des erstern geschehen betrachtet, und dadurch erklärt [7]),

---

1) C. 2. *Si in caussa jud.*

2) Man will zwar Fr. 31. *d.* durch die allgemeine justinianeische Vorschrift derogirt betrachten, wonach mit der Vollstreckung jedes Erkenntnisses vier Monate gewartet werden soll, (S. 352.) und dann den Verkauf sogleich zulassen, s. Glück XVIII. S. 274., allein der Grund, daß alles Zweifelhafte zum Vortheil des Verpfänders auszulegen sei, mögte jenen doch überwiegen, der nur ein sehr indirecter sein könnte. — Der Streit dürfte übrigens jetzt wegen der partikularrechtlichen Aenderungen unpractisch sein.

3) Fr. 16. *de Rebus auctor. jud.*

4) Fr. 34. *de P. A.*

5) C. 10. *de Distr. pign.* — Et qui sub imagine alterius personae, quam supposuerat, jugiter tenet, quum sibi negotium gerat, alienasse non videtur. Jure enim pignoris obligatum praedium, neque si per subjectam personam creditor comparaverit, neque si sibi addixerit, debitori affert praejudicium, sed in eadem caussa permanet, in qua fuit ante hujusmodi collusionem. Sane si debitore distrahente comparaverit, consensu emtionem perfectam, si neque dolus adversarii, neque metus caussa gesta arguentur, revocari, exemplo grave est etc. (290.)

6) Fr. 40. pr. *de P. A.* — Debitor a creditore pignus quod dedit, frustra emit, quum rei suae nulla emtio sit; nec si minoris emerit, et pignus petat, aut dominium vindicet, ei non totum debitum offerenti creditor possessionem restituere cogetur. coll. §. 1. *eod.*

7) Fr. 29. *Famil. erc̃isc.* (S. 447.) Man hat Fr. 42. *de P. A.* damit in Widerspruch gefunden (S. 241.) Namentlich dringt *Cujac.* darauf (Comm. ad h. l.) ex *pacto* zu lesen, allein das ist durchaus unnöthig, denn ex facto suum gerit negotium heißt nichts weiter, als: factisch verfolgt er sein eigenes Interesse beim Verkauf, wäh-

wonach er überall redlich und im guten Glauben handeln und zu Werke gehen, und dessen Vortheil möglichst wahrnehmen muß [1]). Diese Verpflichtung hat auch das verkaufende richterliche Personale, welches sich durch deren Vernachlässigung der Klage wegen Arglist aussetzt [2]).

Der Gläubiger muß daher das Pfand so hoch als möglich zu verkaufen suchen [3]), und allen Schaden des Schuldners nach Möglichkeit vermeiden; er soll auch über die Redlichkeit seines Verfahrens zu einem Eide genöthigt werden können [4]), weshalb er überall wie ein achtsamer Hauswirth [5]) in eigenen Geschäften handeln muß [6]).

Mangel wesentlicher Erfodernisse zum Verkauf und rechtswidrige Art desselben machen ihn ganz ungültig, so daß der Pfandeigenthümer, wenn keine Verjährung eingetreten [7]), die verkauften Pfänder eigenthümlich in Anspruch nehmen mag [8]). Das Pfandrecht dauert aber fort, weil die Hauptobligation nicht gültig getilgt worden ist [9]); natürlich kann es nicht während der Zeit geltend gemacht werden, wo sich der Käufer im Besitz befindet, den ihm der Gläubiger verschafft hat, sondern nur erst, wenn der Handel wieder rück-

---

rend die erste Stelle sagt: juristisch ist der Gläubiger als Mandatar des Schuldners zu betrachten. Vgl. Hepp angef. Recens. S. 508. 9.

1) C. 4. 9. *de Distract. pign.* C. 18. *de Fidejuss. et mandator.*

2) Fr. 50. *de Evictionibus.* S. dazu die Anm. im deutschen C. J.

3) Fr. 10. *de In diem addict.*

4) C. 3. §. 5. *de Jure dom. impetr.*

5) Fr. 14. *de P. A.* Fr. 22. §. ult. *eod.*

6) Soweit geht freilich die Verpflichtung des Gläubigers nicht, daß er, um besser verkaufen zu können, sogar creditiren müsse, und nicht auf sofortige Zahlung bestehen dürfe, wie auch einmal behauptet worden ist; s. dawider meine pfandrechtl. Streitfragen S. 133. (1). Bedürfte es einer Belegstelle aus den Quellen, so braucht man nur auf Fr. 15. §. 7. *de Re jud.* zu verweisen: — Oportet enim res pignori captas, et distractas praesenti pecunia distrahi, non sic ut post tempus pecunia solvatur etc. Denn diese Stelle würde analog auch auf andere als gerichtliche Pfänder unbedenklich auszudehnen sein.

7) Fr. 10. §. 1. *Quib. modis pignus.* C. 5. 8. *de Distract. pign.* C. 2. *Si vendito pign.*

8) C. 2. *Si vendito pignore.* Ist dies geschehen, so kann der Verpfänder vom Gläubiger den Werth der Sache fodern.

9) S. Wening a. a. O. S. 422. (vv.) Ausdrücklich sprechen die Quellen hiervon nicht, es erhellt aber daraus, daß ein solcher Verkauf nicht als Aufhebung des Pf. R. betrachtet werden kann, indem die Satisfactio darum fehlt, weil der Verkäufer den Kaufpreis zurückzahlen muß.

gängig geworden ist, wozu auch die Rückzahlung des erhaltenen Preises gehört. Es lebt also eigentlich vielmehr wieder auf. Ist der Verkauf unredlich geschehen, und der Verpfänder vom Pfandgläubiger dabei übervortheilt worden, so kann jener diesen auf Ersatz des Interesses in Anspruch nehmen, während der Verkauf gültig bleibt [1]). Unmündige und Minderjährige erhalten bei sehr großem Schaden, der sie treffen würde [2]), Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Sollte das Interesse, welches hier außer allem übrigen erweislichen Schaden des Pfandeigenthümers besonders in dem höhern Werthe des Pfandes, über den Kaufpreis, besteht, vom Gläubiger nicht zu erlangen sein, so kann der Pfandeigenthümer den Handel gegen Vergütigung des Kaufpreises und der Zinsen rückgängig machen, der Käufer mag übrigens im guten oder im schlechten Glauben gewesen sein, nur daß er im letztern Fall mit der Sache selbst auch die Nutzungen herausgeben und etwanigen Schadensersatz leisten muß [3]).

---

1) C. 7. *de Distract. pign.* — Si cessante solutione creditor, non reluctante lege contractus, ea, quae sibi pignori nexa erant, distraxit, revocari venditionem iniquum est, quum si quid in ea re fraudulenter fecerit, non emtor a te, sed creditor conveniendus est. (230.)

2) In C. 1. *Si advers. vend. pign.* wird ausdrücklich ein enorme damnum verlangt.

3) Die obige Darstellung schien mir den Titel *Si vendito pignore agatur* am richtigsten, d. h. erschöpfend und übereinstimmend, wiederzugeben. C. 1. — Praeses provinciae aditus si fuerit probatum, tuum creditorem, cui jus distrahendi pignora fuit, dolo malo fundum vendidisse, quanti tua interest restituere tibi eundem creditorem jubebit. Quodsi de bonis creditoris condemnati solvi pecunia non potuerit, et probatum fuerit, emtorem mala fide emisse, offerente te pecuniam cum usuris quanti fundus venit, restituere tibi fundum cum fructibus malae fidei emtorem jubebit. (222.) 2. *eod.* Servos, quos nullo jure a creditore venisse dicis, pater tuus, vel tu, si hereditas ejus ad te pertinet, a possessoribus petere potes. Quodsi usucapti sunt, petat pater tuus pretium eorum a creditore, qui non jure eos vendidit. (222.) 3. *eod.* Si uxor tua praesidi provinciae probaverit, quum aureos 30 deberet, servos suos amplioris pretii per gratiam aureis 20 creditorem vendidisse, eumque solvendo non fuisse, jubebit emtores recepto pretio restituere servos. (223.) 4. *eod.* Quum contra bonam fidem venditionem obligatae possessionis a creditore factam alleges, non observatis, quae in distrahendis pignoribus celebrari consueverunt, adito praeside provinciae experire actione competenti non tantum adversus creditorem, verum etiam adversus possessorem, si fraudem eum participasse cum creditore docere

Die Klagen, welche zu diesen verschiedenen Zwecken dem Pfandgläubiger zuständig sind, werden durch die Gesetze nicht namhaft gemacht, sie dürften in folgender Reihe aufzuführen sein: wider den Pfandgläubiger ist stets die Pfandhauptklage auf das Interesse zuständig (s. §. **27**. S. **230**. u. §. **62**. **1**.[1]); wider den Käufer ohne Unterschied mögte die in **C. 2.** *de Rescindenda venditione* begründete Condiction, wenn die Umstände danach sind, wohl nicht zu bezweifeln sein[2]), nächstdem aber die Eigenthumsklage mit dem Erbieten zur Erlegung der Kaufsumme und Zinsen verbunden, nicht minder dieselbe gegen jeden Besitzer, und die Klage wegen Arglist unter allen Umständen, wenn keine andere ausreicht. Da der Gläubiger oder seine Nachfolger vor dem Käufer angegriffen werden sollen, so steht dem Käufer offenbar die Einrede der Vorausklage zu. Auch wird man annehmen dürfen, daß, wenn der Käufer nicht mehr besitze, er nur auf das hafte, um wieviel er bereichert worden[3]). Dem Pfandgläubiger gleich stehen seine Erben in jeder Hinsicht, mit Ausnahme der Klage wegen Arglist[4]).

---

potueris, ut revocatis quae mala fide gesta constiterit et fructuum ratio et damni quod irrogatum apparuerit, haberi possit. (240.) — Aus dem Zusammenhalt dieser Constitutionen ist nemlich die Frage entstanden, ob der m. f. emtor mit dem b. f. emtor in gleicher oder verschiedener Lage sei? Die angesehensten Civilisten bejahen sie; andere verneinen sie, s. Fritz S. 476. Dieser hilft sich mit der Glosse dadurch, daß er verlangt: zur m. f. des Verkäufers müsse entweder eine solche des Käufers hinzukommen, oder letzterer absichtlich begünstigt sein. Wir halten dieses Kriterium nicht für scharf genug. Die mala fides des Käufers kann in einer solchen Begünstigung bestehen, ohne ausgesprochen zu sein, sondern braucht nur in einer Schlußfolge daraus zu liegen; sie ist mithin auch dann vorhanden, wenn der Gläubiger zunächst nicht dies, — was immer eine Rücksicht auf die Person zu verlangen scheinen könnte, — sondern nur den Schaden des Verpfänders beabsichtigt hat, gleichviel an wen er verkaufe, weil Eins stets im Andern liegt. Darum muß aber auch die Befugniß des übervortheilten Pfandschuldners gegen den b. f. emtor ohne Ausnahme anerkannt werden; allein die fructuum et damni ratio kann nur gegen den m. f. emtor, qui fraudem participavit, Statt finden. So vereinigen wir diese Stellen. Dafür spricht, daß in C. 3. allein die Früchte nicht erwähnt sind, wohl aber in C. 1. u. 4.

1) S. Glück XIX. S. 392 f. (41.)

2) Vergl. Westphal §. 220. S. 320. und Fritz S. 475.

3) Ders. ebend.

4) C. 5. *eod.* — Si creditore pignus, priusquam ei satisfieret,

Als irrig ist aber die Meinung zu bezeichnen, daß den nachstehenden Gläubigern dieselben Klagen, wie dem Pfandeigenthümer, zuständig seien, den Kauf rückgängig zu machen [1]), denn da ihm andere Rechtsmittel zur Seite stehen (s. §. 68.), so kann nicht geschlossen werden, ohne daß in den Gesetzen eine entfernte Andeutung darauf läge, daß er, weil er dadurch in Schaden gerathen könne, jene für einen Andern bestimmten Rechtsmittel haben müsse, während die seinigen zur Abwendung desselben ausreichen. Soweit dies nicht der Fall sein sollte, wird ihm die allgemeine Klage wegen Arglist freilich nicht versagt werden können [2]). — Für ebenso irrig halten wir die Ansicht [3]), daß der Verkäufer vom Käufer selbst das verkaufte Pfand solle wegen der S. 514. erwähnten Fortdauer des Pfandrechts zurückfodern können. Er müßte ja dann seine eigene Handlung als nichtig anfechten, und wie könnte Jemandem seine Arglist Nutzen bringen dürfen? Jener Satz, wie er gefaßt ist, muß vielmehr dahin eingeschränkt und berichtigt werden, daß, wenn das Pfandrecht dadurch wiederaufgelebt sei, daß der Verpfänder den Handel rückgängig gemacht, und nun der Gläubiger auch den erhaltenen Kaufpreis habe zurückgeben müssen, er es wider Jedermann geltend machen könne, also auch wider den Käufer, wenn er durch Zufall z. B. im Besitz vom Eigenthümer gelassen worden sein, oder ihn sonst wie von Neuem erhalten haben sollte, ohne daß er als eine Fortsetzung des ihm von seinem Verkäufer übertragenen erschiene.

Daß, wenn ein unredlich geschehener Verkauf Bestand hat, das Pfandrecht nicht fortdauern kann, versteht sich von selbst.

4. Als Verkäufer muß der Gläubiger dem Käufer das Pfand übergeben, oder ihm dessen Besitz verschaffen; wir stoßen dabei auf die Frage, ob er verkaufen könne, ohne

---

distrahente, non per collusionem emtor comparaverit, successor ejus de superfluo, non emtoris heres, qui rem possidet, conveniendus est. (*Diocl.*) Superfluum ist als der höhere Werthbetrag mit Westphal a. a. O. zu verstehen.

1) Wie Westphal a. a. O. nach Faber will.

2) C. 2. *de Dolo malo*.

3) Gesterding S. 203.

selbst zu besitzen, und sich durch die hypothekarische Klage in den Besitz gesetzt zu haben [1])? Mit Recht darf man bei dem klaren Ausspruch der Gesetze [2]) das Entstehen dieser Frage bewundern, und mit noch größerm deren Verneinung. Ist der Gläubiger bereits im Besitz des Pfandes, so muß er den Besitz übergeben, wenn er es verkauft; ist er es nicht, so hat er statt dessen dem Käufer sein Recht, d. h. seine hypothekarische Klage, abzutreten, damit er sich selbst den Besitz dadurch verschaffe, welchem dann als Nachfolger dieselben Einreden, wie diesem, entgegenstehen [3]). — Es versteht

1) S. Gesterding S. 168. u. die dort Genannten. — *Donell.* l. l. p. 434.

2) Fr. 7. pr. *de Distract. pign.* — Si creditor pignus vel hypothecam vendiderit hoc pacto, ut liceat sibi reddere pecuniam, et pignus recuperare, an si paratus sit debitor reddere pecuniam, consequi id possit? Et Julianus lib. II. Dig. scribit, recte quidem distractum esse pignus, ceterum agi posse cum creditore, ut si quas actiones habeat, eas cedat debitori; sed quod Julianus scribit in pignore, idem et circa hypothecam est. (MARC. *l. s. ad f. hyp.*) C. 2. 3. 4. *eod.* Fr. 13. *eod.* — Creditor, qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet, et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem. (PAUL. 1. *decr.*) Fr. 12. *de Divers. et temp. praescr.* — Creditor, qui praescriptione longae possessionis a possessore pignoris submoveri possit, pignus distraxit. Quaero an possessori salva sit exceptio adversus emtorem? Paulus respondit, etiam adversus emtorem eandem exceptionem competere. (PAUL. 16. *resp.*)

3) Trotsche a. a. O. S. 49. (48 *a.*) bestreitet den Verkauf ohne Besitz (obwohl er nicht ungültig — ? — sei,) darum, weil 1) ein Kaufcontract ohne die Pflicht des Käufers zur Uebergabe undenkbar sei, 2) weil die Abtretung der hypothekarischen Klage ohne die der Hauptfoderung keinen Sinn habe. Die vorher angeführten Gesetzstellen entfernt er durch Auslegung so, daß nicht gesagt sei, der Gläubiger müsse sich vorher nicht in den Besitz gesetzt haben. Diese Einwendungen sind an sich völlig richtig. Allein dagegen kommt in Betracht: a) der Gläubiger haftet aus dem Kaufcontract gar nicht wie ein gewöhnlicher Verkäufer, s. *Mühlenbruch* l. l. §. 398. (2), sondern nur wegen Arglist und daß er zum Verkauf befugt sei. Die Eigenthümlichkeit seiner Befugniß verpflichtet ihn also ganz klar nach Fr. 13. *de Distract. pign.* und Fr. 11. §. 16. *de A. E. V.* nur zur Uebergabe, wenn er besitzt, oder zur Abtretung seines Rechts, wenn er nicht besitzt. b) Die hypothekarische Klage muß solange zuständig, also abtretbar sein, bis die Satisfactio durch den Schuldner geschehen ist, mithin auch nach dem Verkauf, weil alles bei ihr darauf gestellt wird, an solutum sit (Franke a. a. O. S. 102 ff.). So lange nun aber der verkaufende Gläubiger nicht auch gegen den Käufer, der den Besitz noch nicht erhalten, von aller Verantwortlichkeit frei ist, — denn gegen ihn vertritt er freilich die Entwährung, — kann von einer satisfactio noch nicht die Rede sein, und ist also der Verpfänder noch nicht liberirt; vgl. bes. Fr. 26. *de Solutionibus* (S. 520.)

sich, daß der Gläubiger selbst auch nach dem Verkauf die hypothekarische Klage anstellen kann, um dem Käufer den Besitz des Pfandes zu verschaffen [1]). Der Pfandeigenthümer wird dann auch dieselbe durch kein Zahlungsanerbieten mehr abwenden können, denn es würde ihm die Replik der Arglist darum entgegenstehen, weil er durch die Bestellung des Pfandrechts den Gläubiger zum Verkauf ermächtigt hatte, und dieser der Klage des Käufers aus dem Kauf ausgesetzt bleiben würde, wenn er nach dessen gültigem Abschluß nicht sein Recht ohne Einschränkung sollte geltend machen können. Dem dritten Besitzer würde aber dieses Recht zustehen, weshalb der Gläubiger beim Verkauf mit Vorsicht zu Werke gehen muß, um sich nicht gegen den Käufer zu mehr zu verpflichten, als er ohne Schaden leisten kann.

Die für die Veräußerung verpfändeter Rechte gültigen Vorschriften sind in diesen Paragraphen als besondere nicht aufgenommen worden, wir haben schon bei der Verpfändung jener selbst davon gehandelt, und verweisen auf S. **128. 132. 164. 187.** Dagegen gelten für den Verkauf der Rechte dieselben Grundsätze auch, welche in diesem Paragraphen als allgemeine vorgetragen sind. — Vgl. §. **56.** a. E.

§. 55.

Von den Wirkungen und Folgen des Pfandverkaufs.

Die nächste Folge eines gültigen rechtsbeständigen Verkaufs des Pfandes durch den Gläubiger ist:

---

1) Fritz S. 472., welcher auch die oft als widersprechend betrachtete C. 14. *de Distract. pign.* — Si in hoc quod tibi debetur, satisfactum non fuerit debitoribus res obligatas tenentibus aditus Praeses provinciae tibi distrahendi facultatem jubebit fieri, — richtig von der gehinderten factischen facultas distrahendi erklärt, nicht daß sie als die rechtliche zu verstehen wäre. Ebenso wenig steht Fr. 22. §. 3. *de P. A.* entgegen (S. 249.); denn erstens muß dann die Veräußerung schon geschehen sein, und zweitens sagt die Stelle nur, daß die Pfandgegenklage auch gebraucht werden könne, das dem Eigenthümer bittweise oder in Pacht gegebene Pfand zurückzufodern, woneben die hypothekarische sehr wohl bestehen kann. Auch könnte verstanden werden, daß diese Klage nur auf das Interesse gerichtet sei, s. Hepp Recension des Gesterding'schen Buchs, a. a. O. S. 506 f.

A. das Erlöschen des Pfandrechts; die Sache wird frei gleich dem Schuldner, soweit der Erlös reicht, sobald der Gläubiger Zahlung erhalten, oder durch seine Schuld nicht erhalten, oder creditirt hat [1]). Sollte er aber die Zahlung ohne seine Schuld nicht erhalten haben, und doch der Kauf bestehen bleiben müssen, so dauert seine Foderung fort [2]); — dies gilt auch für den Ueberrest, soweit die Foderung nicht durch die Befriedigung aus dem Kaufpreise erlischt [3]). Dem Gläubiger steht dabei umgekehrt, wie bei der Zahlung, die Wahl frei, worauf er den Erlös seines Pfandes abrechnen will, ohne daß ihm der Schuldner Vorschriften darin machen dürfte, d. h. wenn Capital und Zinsen geschuldet werden, so kann er den Erlös zuerst auf die letzteren abrechnen [4]); wenn ein Theil der Foderung nur natürliche Schuld, ohne Klagrecht wäre, so kann er den Pfanderlös auf diese zuerst rechnen [5]); wenn für einen Theil der Schuld ein Bürge, und

---

1) Fr. 26. *de Solution.* — Si creditor fundum pigneraticium vendiderit et quantum ei debebatur receperit, debitor liberabitur. Sed etsi acceptum emtori pretium tulisset creditor, vel ab eo stipulatus esset, debitor nihilominus liberabitur; sed si servus pigneratus a creditore venierit, quamdiu redhiberi possit, non liberabitur debitor, sicut in quolibet pignore vendito, quamdiu res inemta fieri posset. (POMP. 35. *ad Sab.*) Gegen den Käufer der durch den Richter zum Verkauf gebrachten Pfänder in re judicata hat der Gläubiger keine Klage aus dem Kauf. Sie sollen zwar nur gegen sofortige Baarzahlung verkauft werden; wenn jedoch die Zahlung ausbleibt, so darf der Richter sie als vom Pfandverbande noch nicht frei wieder in Anspruch nehmen, und von Neuem verkaufen, s. Fr. 15. §. 7. *de Re jud.*

2) Fr. 9. pr. *de Distract. pign.* — Quaesitum est, si creditor ab emtore pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset? Putavi, si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum: quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta. (PAUL. 3. *qu.*) S. dazu *Cujacii* Opp. T. IV. p. 933.

3) C. 3. *de Distract. pign.* — Hypothecas vel pignoribus a creditoribus venumdatis, in id quod deest adversus reum vel fidejussorem ejus actio competit. (223.) coll. C. 10. *de O. et A.* Fr. 28. *de Reb. cred.* C. 8. *Si certum petatur.* Fr. 9. §. 1. *de Distract. pign.*

4) Fr. 35. pr. *de P. A.* — Quum et sortis nomine et usurarum aliquid debetur, ab eo, qui sub pignoribus pecuniam debet, quicquid ex venditione pignorum recipiatur, primum usuris, quas jam tunc deberi constat, deinde si quid superest, sorti accepto ferendum est. Nec audiendus est debitor si quum parum idoneum se esse sciat, eligit, quo nomine exonerari pignus suum malit. (FLOR. 8. *Inst.*)

5) Fr. 101. §. 1. *de Solutionibus.*

für einen andern ein Pfand, ohne nähere Bestimmung derselben, bestellt ist, so geht der Pfanderlös nicht auf die ganze Schuld ab, (so daß also der Bürge zum Theil mit frei würde,) sondern der Gläubiger kann ihn auf den Theil allein rechnen, wofür der Bürge nicht haftet [1]). Es finden hiervon nur die beiden Ausnahmen statt, daß erstens, wenn ein Pfand gleichzeitig für zwei Foderungen bestellt worden ist, der Erlös daraus auf beide nach Verhältniß der Schuldsummen zu vertheilen ist, und die Wahl wegfällt, weil dann, wie es heißt, pretium pignoris consortioni subjectum est [2]). Wäre hingegen die Verpfändung verschiedenzeitig geschehen, so wird auf die frühere Schuld der Pfanderlös und auf die jüngere der etwanige Ueberschuß gerechnet. Zweitens, wenn für mehrere Foderungen desselben Gläubigers ihm ein Pfand im Allgemeinen bestellt ist, so muß er den Erlös zuerst auf die rechnen, mit welcher für den Schuldner die Strafe der Infamie verbunden ist, sodann auf die, für welche eine vertragsmäßige Strafe besteht, und dann erst auf die andern [3]). — Von der Herausgabe des Ueberschusses, wenn das Pfand höher verkauft worden ist, als die Schuld beträgt, s. S. 241.

Es erlöschen ferner die Pfandrechte der dem veräußernden nachstehenden Gläubiger [4]). Als eine eigenthümliche Folge des durch den Fiscus herbeigeführten oder durch die Obrigkeit geleiteten Meistgebotsverkaufs knüpft das römische Recht an diesen wegen nothwendiger Aufrechterhaltung der fides fiscalis und der hasta publica auch den Verlust des Pfandrechts derjenigen Gläubiger ohne Unterschied, welche durch den öffentlichen Aufruf dazu aufgefodert nicht erschienen, oder zwar erschienen sind, aber ihre Rechte nicht wahrgenommen haben [5]).

---

1) Fr. 73. *de Solution.*
2) Fr. 96. §. 3. *eod.* Dazu die Uebersetzung im deutschen C. J. und Anm. 135. (Bd. IV. S. 768.)
3) Nach Analogie von Fr. 97. *eod.*
4) C. 3. *de His qui in priorum.* Wening a. a. O. S. 423. C. 6. *Qui potiores.* C. 1. *Si antiquior.*
5) C. 6. *de Remiss. pign.* — Si eo tempore, quo praedium distrahebatur, programmate admoniti creditores, quum praesentes es-

B. Da der Gläubiger beim Verkauf als in des Verpfänders Namen und Auftrage handelnd angesehen wird, so tritt der Käufer gerade so in des Verpfänders Rechtsverhältniß zum Pfande ein, als wäre dieser selbst der Verkäufer. Es geht daher auf ihn entweder die Condictio usucapiendi des Verpfänders [1]), oder sein Eigenthum, wie es ihm zusteht, also mit allen dinglichen Lasten, jedoch erst mit der Einführung in den leeren Besitz [2]), dann aber auch mit der vollwirkenden in rem actio, über [3]); der Verkäufer verliert jeden Anspruch an die Sache mit der Uebergabe des Besitzes, bis dahin hat der Käufer nur die persönliche Contractsklage wider ihn. — Auf der andern Seite erwirbt der Eigenthümer des Pfandes aber auch Rechte aus den vom Gläubiger beim Verkauf zu seinem Besten geschlossenen Nebenverträgen, und zwar [4]), je nachdem jener diese auf sich persönlich gestellt, oder keine solche Beschränkung geschehen ist, sondern sie nur bezweckten, dem Verpfänder sein Recht an der Sache zu erhalten [5]), gewinnt er daraus entweder das Recht, die Abtretung der dem Gläubiger zuständigen Klagen zu fodern [6]), oder unmittelbar die Eigenthumsklage und die in factum. Der Eintritt einer dritten Person in das zwischen zwei Andern bestehende Obligationsverhältniß wird in Betreff der

---

sent, jus suum executi non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisisse. (286.) Es muß eine zuständige Behörde sein, welche den öffentlichen Ausruf erläßt, s. d. Titel *Comminationes*, *epistolae* etc. Derselbe betrifft ein pignus judiciale. C. 8. *eod.* — Si hypothecas fisco distrahente, creditores silentio tradiderunt negotium, palam est, etiam actionem suam amisisse eos, quam in rem habebant. Nam fiscalis hastae fides facile convelli non debet. (290.)

1) Fr. 14. §. 5. *de Divers. et temporal. praescr.*

2) C. 13. *de Distract. pign.*

3) Fr. 46. *de A. R. D.* Fr. 4. *de P. A.* C. 18. *de Distract. pign.* — Qui a creditore pignori obligatum praedium emit, de proprietate vinci non potest. (*Diocl.*) C. 15. *eod.*

4) Fr. 13. pr. *de P. A.* — Si quum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emtorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Julianus et est rescriptum, ob hanc conventionem pigneraticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem; sed et ipse debitor vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emtorem agere. (ULP. 38. *ad Ed.*) Fr. 7. §. 1. *de Distract. pignor.*

5) S. Mühlenbruch Cession S. 130. (217.)

6) Fr. 7. pr. *de Distract. pign.*

Eigenthumsklage dadurch gerechtfertigt, daß der Vorbehalt des Verkäufers dabei seiner Natur nach eine auflösende Bedingung enthalten muß, wodurch alles wieder in die vorige Lage kommt; die Klage auf das Geschehene bildet hier eine der sechs Ausnahmen [1]) von der Regel, daß ein Vertrag nicht auf einen Dritten gestellt werden könne, obwohl das Recht des Dritten (des Verpfänders), auch hier nur wegen der Eigenschaft des Gläubigers, als eines Bevollmächtigten, als ein abgeleitetes erscheint, nicht als ein unmittelbares.

Dieses Wiedereinlösungsrecht gegen den Käufer des Pfandes, welches sonst regelmäßig verloren geht [2]), bleibt ihm außerdem noch zuständig: 1) in allen den Fällen, wo Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt wird [3]); 2) wenn ein Bürge des Schuldners gegen einen vorgehenden Pfandgläubiger das Pfand käuflich angenommen und diesen befriedigt hat, so kann sowohl der Verpfänder selbst [4]), als ein späterer Gläubiger den Kauf durch Angebot des Kaufpreises mit den Zinsen der Zwischenzeit rückgängig machen [5]), und zwar der Verpfänder auch gegen den nachstehenden Gläubiger [6]). Das römische Recht betrachtet nemlich einen solchen Kauf nicht sowohl in der Absicht geschehen, das Pfand eigenthümlich zu erwerben, als vielmehr auf Seiten des nachstehenden Gläubigers sein Pfandrecht zu sichern, und auf

---

1) Mühlenbr. a. a. O. S. 84 f. (143.)

2) C. 2. *Si antiquior.* — Obligata pignoris jure creditore recte distrahente, post debitor, emtori pretium offerens, vel creditori quod debuit, evincere non potest. (*Diocl.*)

3) Fr. 7. §. 1. *de Distract. pign.* — Illud inspiciendum est, an liceat debitori, si hypotheca venierit, pecunia soluta eam recuperare? Et si quidem ita venierit, ut si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit, emtio rescindatur, intra illud tempus pecunia soluta recipit hypothecam; si vero tempus praeteriit, aut si non eo pacto res venierit, non potest rescindi venditio, nisi minor sit annis 25 debitor, aut pupillus, aut Reipublicae caussa absens, vel in aliqua earum caussarum erit, ex quibus Edicto succurritur. (MARC. *l. l.*) S. Mühlenbruch Cession S. 97. (198.) n. A.

4) C. 1. *de Dolo malo.* — Si fidejussor a creditore pignore emerit oblata quantitate sortis et usurarum tibi dominium cum fructibus, quos bona fide percepit consultius restituit, ne fidei ruptae gratia de dolo possit actio exerceri. (203.) Dazu s. die Glosse. Fr. 59. §. 1. *Mandati.*

5) Fr. 2. *de Distract. pign.* (S. 106.)

6) Fr. 5. §. 1. und Fr. 6. *eod.* (S. 105. 6.

Seiten des Bürgen, um dem Verpfänder die ihm zugesagte Rechtshülfe nach allen möglichen Beziehungen der bona fides, der Rechtlichkeit und des Festhaltens an geschehener Zusage zu leisten. In dieser Beziehung ist noch des Falles zu gedenken, daß der Bürge, welcher ein von Mitbürgen bestelltes Pfand vom Gläubiger kauft, auch dieses nicht eigenthümlich erwirbt, sondern dadurch in des letztern Recht nachfolgt [1]). (Vergl. S. 423.) Diesem Fall ist endlich der verwandt, wenn Jemand den von ihm und seinen Miterben gemeinschaftlich zur Abstoßung einer Erbschaftsschuld, wofür ein allgemeines Pfandrecht am ganzen Vermögen bestand, verpfändeten Nachlaß vom Gläubiger kauft, woran den einzelnen Miterben Vermächtnisse beschieden waren. Diese dürfen sie noch gegen Zahlung der verhältnißmäßigen Antheile an der Schuld fodern [2]).

C. Da der Gläubiger im Auftrage des Schuldners handelnd betrachtet wird, so hat beim Verkauf auch nicht er, sondern dieser [3]) die Entwährung zu vertreten; er seinerseits hat dem Käufer nur dafür, aber auch mit der vollen Wirkung der gewöhnlichen Entwährungsleistung, zu stehen, daß er zum Verkauf kraft seines Pfandrechts befugt war, oder wie die Gesetze sagen, potiorem se ceteris esse creditoribus [4]). Der Käufer kann sich also an den Pfandverkäu-

---

1) Fr. 59. *de Fidejussoribus.* — Paulus respondit fidejussorem, in quem pignora a confidejussoribus data translata sunt, non emtoris loco substitutum videri, sed ejus qui pignora accepit, et ideo rationem fructuum et usurarum haberi debere. (PAUL. 4. *resp.*)

2) Fr. ult. §. 4. *de Legatis* II.

3) Fr. 10. *de Distract. pign.* — Etsi is, qui lege pignoris emit, ob evictionem redire ad venditorem non potest, tamen non esse audiendum creditorem, qui fundum vendidit si velit ejusdem rei ex alia caussa quaestionem movere. PAUL. 6. *resp.*) cf. Tit. Cod. *Creditorem eviction. non debere.* Fr. 11. §. 16. *de Act. emti.*

4) C. 1. *Creditorem evictionem.* — Quum procurator meus jure creditoris propter fisci debita praedium obligatum venumdedit, evictio non debetur, quia et privatus creditor eodem jure utitur, nisi nominatim hoc repromissum a privato fuerit creditore. Si tamen fiscus in jus alterius creditoris successit, emtori non justa nomine fisci movetur controversia, sive quia potior fuerat, quando vendebat, sive quia infirmior, quoniam hoc utique praestare debet, qui pignoris jure vendit, potiorem se ceteris esse creditoribus. (223.)

fer deshalb, außer in den nachher erwähnten Ausnahmefällen, nur dann halten [1]), wenn er ausdrücklich dieselbe zu vertreten dem Käufer versprochen hat, und zwar in den Grenzen dieses Versprechens [2]), wogegen der Verkäufer aber seinen Rückschritt an den Pfandeigenthümer mit der Pfandgegenklage [3]) nimmt, wenn er deshalb angegriffen worden, und auch ein Innebehaltungsrecht an den übrigen Pfändern, wenn er deren noch besitzen sollte, ausüben darf. Wohl aber kann auch in diesem Fall sich der Käufer unmittelbar mit einer analogen Klage aus dem Kauf [4]) an den Eigenthümer halten, doch nur wegen Zurückgabe des Kaufpreises und der Zinsen [5]), nicht wegen des Interesses; um dieses zu erlangen, darf er vom Verkäufer die Abtretung der Pfandgegenklage fodern [6]). Dies Alles gilt auch dann um so mehr, wenn der Richter eine abgepfändete Sache verkaufen läßt, oder der Fiscus ein Pfand zum Anschlag bringt [7]). — Tritt bereits vor der Zahlung des Kaufpreises Entwährung ein, so darf er, obwohl sonst der Verkäufer mit der Uebergabe seiner Contractsobliegenheit Genüge leistet, den Kaufpreis zurückhalten, und wird nur dann zur Zahlung dessen ungeachtet genöthigt, wenn die Bedingung ausdrücklich aufgestellt wor-

---

1) Fr. 8. §. 1. *de P. A.* — Si pignori plura mancipia data sint, et quaedam certis pretiis ita vendiderit creditor, ut evictionem eorum praestaret, et creditum suum habeat, reliqua mancipia potest retinere, donec ei caveatur, quod evictionis nomine promiserit, indemnem eum futurum. (POMP. 35. *ad Sab.*)

2) Thibaut Vers. Th. I. S. 77 ff.

3) Fr. 22. §. 4. *de P. A.*

4) Fr. 12. §. 1. i. m. *de Distract. pign.* — (Wenn eine fremde verpfändete Sache verkauft, der Gläubiger dadurch befriedigt und nun jene entwährt wird,) — quantum quidem ad creditorem, debitor liberatur; quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emtorem, post evictionem ipse debitor utili actione tenetur, ne ex aliena jactura sibi lucrum acquirat. (TRYPH. 8. *disp.*)

5) Fr. 74. §. 1. *de Eviction.* Dazu Gesterding a. a. O. S. 197. (10.)

6) Fr. 38. *de Eviction.* — In creditore qui pignus vendidit tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex emto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet; habet autem contrariam pigneraticiam actionem. Et magis est, ut praestet; cui enim non aequum videbitur, vel hoc saltem consequi emtorem, quod sine dispendio creditoris futurum est? (ULP. 2. *disp.*) Vgl. hierzu Mühlenbruch Cession S. 398. (305.)

7) Fr. 74. §. 1. *d.* und C. 1. *Creditorem evict.*

welcher allemal da gemeint ist, wo in den Quellen der promissio de rei evictione gedacht wird; von einer wirklichen positiven Verheimlichung und Verleugnung der Art, die allerdings sehr wohl möglich ist, aber auch dann ihre vorher erwähnten Früchte trägt, ist unseres Wissens nirgends die Rede. Wo bliebe nun hier der Gegensatz? — In der vorher erwähnten Stelle des Paulus heißt creditoris jure vendere soviel, als: verkaufen, und zur Entwährungsleistung nach der Natur des Geschäfts nicht verbunden sein, auch ohne einen solchen Nebenvertrag einzugehen, der dies modificirt; communi jure promittere heißt aber: verkaufen mit einem solchen Nebenvertrage, so daß die Natur des Geschäfts geändert und hierin nach gemeinen für den Kauf gültigen Grundsätzen beurtheilt wird. Darf man bei promiserit hinzudenken: duplam, so wäre der Sinn von jure communi ganz einfach der: wie es gemeine Rechtssitte ist [1]). Wir gedenken dabei eines sehr sonderbaren Irrthums. Es kommt nemlich im Coder (sonst nirgends) auch zweimal vor: ein Pfand jure communi vendere, distrahere [2]), und das soll sogar nach Brissonius [3]) dem lege pignoris oder creditoris jure vendere darin entgegenstehen, daß es die Pflicht zur Entwährungsleistung begreife, während es doch nichts Anderes besagen will, als: nach allgemeinen pfandrechtlichen Grundsätzen, also in der That mit jure creditoris ganz gleichbedeutend ist. Das ist ein klarer Beweis, daß hier auf den Begriff des jus commune als einen technischen gar kein Gewicht gelegt werden kann.

2. Volle Verpflichtung zur Leistung der Entwährung trifft den Gläubiger als Verkäufer, wenn er gegen den Käufer arglistig gehandelt, und sich einer Verletzung der bona fides als Contrahent schuldig gemacht hat [4]). Hierher ist

1) Nam ita usus evenerat, s. Fr. 22. §. 4. *de P. A.*

2) C. 7. *de O. et A.* (S. 404.) und C. 1. *de Pactis pign.* — Qui pactus est, nisi intra certum tempus pecuniam, quam mutuam accepit, solveret, cessurum se creditoribus, hypothecae venditionem non contraxit, sed id comprehendit, quod jure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat. Communi itaque jure creditor hypothecam vendere debet. (222.)

3) De V. S. h. v. §. 9.

4) C. 2. *Creditorem evictio-*

auch zu zählen, wenn der Gläubiger gegen den Käufer das Pfand für seine eigene Sache ausgegeben, oder in Bezug auf die Aufklärung seines Verhältnisses irgend eine Handlung sich hat zu Schulden kommen lassen, welche unter den Begriff der Arglist, oder gar des Betruges fällt, vor Allem aber, wenn der Gläubiger bereits zur Zeit des Verkaufs von dem mangelhaften Rechte seines Verpfänders, oder dem bessern des Entwährers Kunde gehabt hat. In solchem Falle verliert der Gläubiger auch die Regreßklage gegen seinen Verpfänder [1]).

3. Die gleiche volle Verpflichtung tritt für den Gläubiger ein, wenn er unter solchen Umständen verkauft hat, daß der Pfandschuldner selbst zur Entwährung durch die Eigenthumsklage befugt ist (S. 515.).

In allen Entwährungsfällen, die der Gläubiger zu vertreten hat, dauert jedoch seine Foderung an den Pfandschuldner und im letzten (S. 515.) auch sein Pfandrecht fort, und lebt beziehungsweise wieder auf, nur fallen in der Zwischenzeit vom Verkauf bis zur Entwährung die Zinsen weg [2]).

§. 56.

Von dem Antrage auf Zuschlag des Eigenthums am Pfande.

Eine Aushülfe für den Fall, daß sich gar kein, oder kein annehmlicher [3]) Käufer zum Pfande findet, ist der dem Gläubiger nachgelassene Antrag auf Zuschlag des Eigenthums

nem. — Si a creditrice jure pignoris fundos obligatos pater tuus comparaverat, evictis praediis ita demum petitionem adversus creditricem habere jure potes, si vel quum vendidit de evictione rei promisit, vel etiam dolo malo, quum sciens prudensque esset, rem sine vitio non esse, (sc. possessionis debitoris,) eam patri tuo, cui successisti, venumdedit. Nam sicuti genus hujusmodi contractus inscium creditorem vinculo evictionis non adstringit, ita eum, qui fraudem admisit vel decepit, non excusat. (240.)

1) Nam nemo ex dolo suo consequitur actionem, Fr. 12. §. 1. *de Furtis.*

2) Fr. 12. §. 1. *de Distract. pign.* — — si actione ex emto conventus praestitisset creditor emtori, debitum persequi eum a debitore posse, quia apparuit, non esse liberatum. (TRYPH. 8. *Disp.*) Fr. 23. *de P. A.* (S. 254 f.)

3) S. *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 318. Fritz a. a. O.

am Pfande, impetratio dominii, bei den Römern beim Kaiser, gegenwärtig [1]) beim Richter anzubringen. Derselbe kann nur auf einzelne Pfänder gerichtet werden, nicht auf ein ganzes Vermögen [2]). Es waltet dabei ein wesentlicher Unterschied zwischen den gerichtlichen Pfändern und andern vor [3]).

Bei letzteren geschieht die Einleitung zum Zuschlage [4]) mittelst einer nochmaligen Auffoderung zur Zahlung an den Pfandschuldner; sollte er abwesend sein, so hat sich der Gläubiger zu dem Ende an den Richter zu wenden, welcher einen neuen Zahlungstermin anberaumt, und den Abwesenden davon benachrichtigt. Ist dies unmöglich, weil er etwa nicht zu finden wäre, so bestimmt der Richter eine Frist, binnen der ihm noch nachgelassen ist, sich zu stellen, die Schuld zu erlegen, und das Pfand einzulösen. Wenn er binnen dieser Frist nicht erscheint, oder die Erlegung der ganzen Schuldsumme verweigert, so hat sich der Gläubiger an den Landesherrn, gegenwärtig statt dessen an den Richter, wie die gemeine deutsche Praxis angenommen hat, mit dem Gesuch zu wenden, die Sache als Eigenthümer besitzen zu dürfen, worauf er sie mittelst eines von diesem zu ertheilenden Befehls wirklich zum Eigenthum erhält. Von dem Tage, wo dieser erlassen wird, an gerechnet, wird dem Schuldner noch aus Rücksicht einer aufs äußerste getriebenen Billigkeit (pietatis intuitu), eine zweijährige Frist ertheilt, die Befugniß eines Rücktritts in das Eigenthum seiner Sache mittelst Angebotes des Capitals, der Zinsen und aller durch seine Schuld ver-

---

S. 479. Walett a. a. O. §. 353. Das R. R. spricht im Allgemeinen nur davon, wenn sich gar kein Käufer findet, doch scheint der obige Zusatz zu sehr in der Natur der Sache zu beruhen, als daß er einer Rechtfertigung bedürfte, und außerdem ist die deutliche Analogie aus C. 2. *Si in caussa judicati* vorhanden.

1) Glück XIX. S. 408.

2) C. 1. *de Jure dominii impetr.* — Scias, omnia bona debitoris, quae pignori dedit, ut universa dominio tuo generaliter addicantur, impetrare te non posse.

3) S. Glück XIX. S. 402. Gesterding S. 200. Den Grund der Ausdehnung der nachher folgenden Justinianeischen Constitution auf andere als vertragsmäßige Pfandrechte allein s. bei Fritz a. a. O. S. 487 ff.

4) Die obige Darstellung ist wörtlich nach C. 3. §. 2 sqq. *de Jure dom. impetr.*

ursachten Schäden, deren Betrag der Gläubiger, welcher übrigens inzwischen, wenn auch widerruflich, doch wirklich Eigenthümer geworden ist (creditor, qui jam dominus factus est), eidlich erhärten kann, auszuüben. Hierin besteht das s. g. Wiedereinlösungsrecht, dessen schon §. 55. unter B. gedacht worden. Nach Verlauf dieser Frist wird das Eigenthum des Gläubigers unwiderruflich. Wenn nun das Pfand weniger werth ist, als die Foderungssumme beträgt, so behält der Gläubiger auf den Ueberschuß sein volles Recht; ist aber die Schuldsumme geringer, so behält der Schuldner an dem übersteigenden Werth sein Recht, so daß beide also nun in Gemeinschaft desselben sind, welche aber der Gläubiger durch das Angebot des taxmäßigen Ueberschusses an den Schuldner oder nachstehenden Gläubiger auflösen kann. Der vom Gläubiger im Laufe dieser zwei Jahre [1]) vollzogene Verkauf ist zwar, wie wenn kein Zuschlag des Eigenthums geschehen wäre, gültig, allein er muß dann den etwanigen seine Foderung übersteigenden Ueberschuß des Kaufpreises herausgeben. Darüber, daß er beim Verkauf redlich zu Werke gegangen sei, kann der Gläubiger zu einem Eide genöthigt werden. Hat er aber weniger gelöst, so behält er sein Recht auf den Ueberrest der Foderungssumme.

Der Werth des Pfandes ist beim Zuschlage des Eigenthums durch eine Taxe zu ermitteln und durch richterlichen Ausspruch festzustellen; diese braucht aber, weil das Wiedereinlösungsrecht nachher noch zwei Jahre lang zuständig bleibt, dem Zuschlage nicht gerade voranzugehen. Auch dürfen die Vorschriften des Pandectenrechts in Betreff gewisser Handlungen während des früheren annus luitionis [2]) auf diese Frist angewendet werden; also namentlich, daß, wenn die Einlösung noch erfolgt, alle Beziehungen des Eigenthumsrechts auf jedwede Erscheinung in diesem Gebiete für den Pfandschuldner als eingetreten betrachtet werden [3]),

---

1) Das ist offenbar nach §. 4. C. d. zu verstehen, da es §. 3. a. E. heißt: Sin autem biennium fuerit elapsum, plenissime rem habeat creditor idemque dominus jam irrevocabilem factam. Vgl. auch Fritz S. 480.

2) C. *d.* pr.

3) Fr. 63. §. 4. *de A. R. D.*

und daß die Annahme von Zinsen [1]) während dieser Zeit einem Verzicht auf die eventuellen Folgen des bereits ertheilten Zuschlages gleichstehe.

Da der Zuschlag des Eigenthums einem Kauf oder einer Annahme des Pfandes an Zahlungs Statt gleichgeachtet wird [2]), so kann sich auch der vormalige Gläubiger später mit der analogen Klage aus dem Kauf wegen etwaniger Entwährung an den Schuldner halten [3]).

Nicht so klar und zweifellos läßt sich das Wesen des Zuschlags bei gerichtlichen Pfändern aus den vier darüber vorhandenen Gesetzstellen [4]) entwickeln, da die geltenden

---

1) C. 2. *de Jure dominii impetr.*

2) S. die Ausführungen von *Joannes Altamiran.* in Thes. Meerm. II. p. 320. von *Fr. Ramos del Manzano* ib. VI. p. 122. und *Vinc. Cabotius* ib. IV. 639.

3) Fr. 24. pr. *de P. A.* — Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret, idque evictum esset an habeat contrariam pigneraticiam? Et videtur finita esse pignoris obligatio, et a contractu recessum. Immo utilis ex emto accomodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum ejus intersit: et compensationem habere potest creditor, si forte pigneraticia, vel ex alia caussa cum eo agatur. (ULP. 30. *ad Ed.*) Die letzten Worte zeigen auf einen Anspruch des Verpfänders an den Gläubiger; die Glosse denkt an Verschlechterung des Pfandes. Wie soll aber der erste dazu nach der Entwährung berechtigt sein können? — Soll der Schlußsatz nicht außer Zusammenhang mit dem Uebrigen erscheinen, so wird man wohl (mit Westphal S. 298.) annehmen müssen, es seien noch andere Pfänder außer dem zugeschlagenen vorhanden gewesen, die der Verpfänder nach dem Zuschlag zurückgefodert habe, inzwischen sei die Entwährung des zugeschlagenen erfolgt, und nun habe der Gläubiger die Einrede der Compensation vorgeschützt, weil Obligatio finita war, und er auf sein Pfandrecht keine Einrede mehr bauen konnte. — S. noch Mühlenbruch Cession S. 398. (305.)

4) C. 3. *de Execut. rei jud.* — Ordo rei gestae, et mora solutionis, quae intercessit, constantius desiderat remedium. Si itaque Praesidem provinciae, qui rem judicatam exequi debet, adieris, et allegaveris res soli, quae pignori datae sunt, diu subhastatas ex compacto sive ambitione diversae partis emtorem non invenire potuisse, in possessionem earum te mittet, ut vel hoc remedio res tam diu pertracta ad effectum perducatur. (214.) Fr. 15. §. 3. *de Re jud.* — Si pignora quae capta sunt, emtorem non inveniant, rescriptum est ab Imperatore nostro, et Divo patre ejus, ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est. Addicantur autem utique ea quantitate, quae debetur, nam si creditor maluerit pignora in creditum possidere, iisque esset contentus, rescriptum est, non posse eum, quod amplius sibi deberetur petere, quia velut pacto transegisse de credito videtur qui contentus fuit, pignora possidere; nec posse eum in

Rechtsregeln hier sowohl erst gefunden, als die gefundenen neben einander geordnet werden müssen. Unstreitig wird in jenen einer mehrfachen, dem Gläubiger vorgezeichneten, Art und Weise gedacht, das Eigenthum des Pfandes zu erlangen, nemlich des Zuschlages durch den Kaiser, und des Kaufs durch Theilnahme am Meistgebot. Die in der ersten der vier unten genannten Stellen gedachte missio in possessionem ist nicht etwa für eine dritte Art zu halten, sondern wohl die ursprüngliche Form des später erst zur Regel gewordenen Zuschlages durch den Kaiser gewesen, so daß jene Stelle hierin von rechtsgeschichtlicher Bedeutung wäre. In Betreff des Preises, um den der Gläubiger das Pfand erhält, ist die Anwendbarkeit und Auslegung der vorhandenen Vorschriften in der zweiten und dritten Stelle sehr bestritten. Soviel scheint außer Zweifel, daß, wenn der Gläubiger gleich jedem Dritten als Käufer auftritt, und kauft, er auch ebenso bezahlen müsse, und die Beurtheilung der Zulässigkeit seines Gebotes von den gewöhnlichen Regeln abhänge; dieser Fall ist von der dritten Stelle zu verstehen. Die zweite dagegen gedenkt des Zuschlages nicht für einen gebotenen Preis, sondern dieser soll in dem Foderungsbetrage bestehen. Nicht nur deshalb also, und weil, wenn man denselben Fall, wie in der dritten Stelle annähme, ein Widerspruch zugegeben werden müßte, während dann für den andern gar keine Entscheidung vorhanden wäre, sondern auch weil der Inhalt der zweiten Stelle ausdrücklich auf den der ersten Bezug

---

quantitatem certam pignora tenere et superfluum petere. (ULP. 3. *de Off. Cons.*) C. 2. *Si in caussa jud.* — Cum in caussa judicati aliqua res pignori capitur, per officium ejus, qui ita decrevit, venumdari solet, non per eum, qui judicatum fieri postulavit. Et si alio emtore non existente, vel existente quidem, sed non dignum pretium offerente, is cui judicatus satis non fecit, ad licitationem secundum constituta fuerit admissus, cujuslibet alterius vice ex officio emere debet. (223.) Officium sind die Gerichtssubalternen, s. meine Schrift über Titel und Würden u. s. w. als Anhang zum VII. B. des deutschen C. J. h. v. C. 3. *eod.* — In caussa judicati pignora ex auctoritate Praesidis capta potius distrahi, quam jure dominii possideri consueverunt. Si tamen per calliditatem condemnati emtor inveniri non potest, tunc auctoritate principis dominium creditori addici solet. (239.) — Vgl. Fritz S. 481. dem die obige Darstellung meist folgt.

nimmt (ab imperatore nostro etc.), darf sie nicht von der gewöhnlichen Zulassung zum Kauf verstanden werden. Hiernach wäre die gewöhnliche Regel bestätigt, daß, wenn der Gläubiger das Pfand gleich einem dritten Käufer durch Meistgebot erwirbt, das Gebot zu erlegen sei; wenn er aber den Zuschlag des Eigenthums nachsucht, dieser im Zweifel wenigstens für den Betrag seiner Foderung geschehe, und es früge sich nur noch, unter welchen Umständen das Eine oder das Andere eintrete, und was dazu erfodert werde. Da die Zulassung zum Mitbieten sich von selbst versteht, und die Möglichkeit dazu sich durch das gesetzlich angeordnete Verfahren ergiebt, so ist dies als die regelmäßig eintretende Erscheinung zu betrachten. Der gewöhnlichen Ansicht nach soll nun zum Gesuch um Zuschlag des Eigenthums auch nichts Besonderes weiter erfoderlich sein, dem Gläubiger also dasselbe zustehen, sobald sich kein annehmlicher, oder gar kein Käufer fände. In der That ist ihr beizupflichten, da die Beschränkungen, welche man aus der ersten der vier gedachten Stellen folgert, nur als Beispiel der Veranlassung jener bedingenden Ursache zu betrachten sind. Das Gesuch um Zuschlag an den Regenten ist aber stets als vom Betrage der ganzen Foderung hier zu verstehen.

Die Justinianeische Constitution (S. 530. Anm. 4.) dagegen über das Gesuch um Zuschlag des Eigenthums ist von gerichtlichen Pfändern nicht zu verstehen. Dies [1]) beweist zunächst der angegebene Grund des ganzen neuen Gesetzes im Anfang desselben, der sich auf solche nicht beziehen läßt. Sodann kann die durch dasselbe offenbar entstandene Einschränkung des Eigenthumserwerbes nur als höchst unzweckmäßig für das gerichtliche Pfand bezeichnet werden, da die Hülfsvollstreckung dadurch auf eine den Credit im Allgemeinen durchaus und empfindlich gefährdende Weise verzögert würde. Sonach ist also das Gesuch um Zuschlag des Eigenthums am Pfande begründet, sobald sich kein Käufer findet. Die Erörterung dieses Grundes kann zwar zweifels-

---

1) Fritz S. 488.

ohne nach Umständen angeordnet werden, und wenn der Schuldner widerspricht, zu einer öffentlichen Ausbietung führen; besondere Fristen für das erstere sind aber nicht vorhanden. Eigenthümlich dabei ist das Erlöschen der Foderung, weil der Zuschlag gegen diese in der Regel geschieht, und vermöge Vergleichs zu geschehen angenommen wird [1]).

Ein Wiedereinlösungsrecht für den Schuldner findet hier nicht Statt [2]).

Die römisch-rechtlichen Vorschriften über den Verkauf der Pfänder und den Zuschlag sind zwar bei uns durch die Partikularrechte mannigfaltigen Aenderungen hin und wieder unterworfen worden, namentlich mögte dies für die gerichtlichen wohl überall geschehen sein, und durch processualische Vorschriften für das Hülfsverfahren und die Subhastation mittelbar auch sonst herbeigeführt werden; allein übrigens kann man nicht schlechthin aus hin und wieder vorkommendem Gerichtsgebrauch im Einzelnen dieselben als noch gültiges gemeines Recht in Abrede stellen [3]). Nur muß allerdings als eine allgemeine deutsch-rechtliche Gewohnheit beim Verkauf verpfändeter Grundstücke die Einrichtung des öffentlichen Ausgebotes, der Abschätzung, der Leitung [4]) des Verfahrens durch den Richter überhaupt und endlich des richterlichen Zuschlags (Adjudication) angesehen werden [5]). Die Frage, welche Grundsätze heutzutage beim Pfandverkauf nach gemei-

---

1) Fr. 15. §. 3. *d.*

2) Glück XIX. S. 702. Wening Th. I. S. 474.

3) Z. B. Glück XIX. S. 408. Dieser drückt sich mit fast und pflegt man auch so unbestimmt aus, daß man in Verlegenheit kommt, wenn man danach fragt, was denn nun Rechtens sei? Irrig beruft er sich als jetzt gültiges Recht darüber auf Mevius, daß die Anzeige nicht mehr nöthig sei, noch die zweijährige Frist, sondern bei eintretender Mora in drei Terminen zum Verkauf geschritten werden könne; denn Mevius sucht dies — aber irrig — aus dem R. R. unmittelbar zu erweisen. A. M. über die jetzt gültigen Grundsätze s. bei Walett §. 349.

4) Ob der Richter sich eine Cognition über die Richtigkeit der Foderung und des Pfandrechts dabei anmaßen dürfe, ist eine sehr bestrittene und keineswegs ausgemachte Frage, s. Gesterding S. 192.; sie dürfte aber zu verneinen sein, da die richterliche Mitwirkung eigentlich nur darum üblich geworden zu sein scheint, damit jede Frage über die bona fides beim Verkauf wegfalle, s. *Mevius* l. l. — Vgl. über alles dies auch Heffter Instit. S. 552 ff.

5) *Mevius* Decis. T. II. P. 8. d. 268. 3.

nem Rechte gültig seien, wird also, mit dieser Ausnahme, am sichersten durch Verweisung auf die Vorschriften des römischen Rechts beantwortet, und mit der Bedeutung, die partikularrechtlichen Bestimmungen oder den Gerichtsgebrauch dabei zu Rathe zu ziehen [1]).

Ueber den Fall, daß der Gläubiger vom Verpfänder das Pfand statt Zahlung eigenthümlich übernehmen solle, ist oben §. 28. schon in mehrfacher Beziehung gehandelt worden. Hier ist noch, im Gegensatz zu den dort beregten im Voraus geschlossenen Verträgen, Folgendes zu bemerken. Angabe des Pfandes an Zahlungs Statt ist zwischen dem Verpfänder und dem Gläubiger zulässig [2]); im Zweifel wird stets Erlöschen der Foderung anzunehmen sein; die Bestimmung des Preises würde einem Kauf gleichstehen (s. S. 258.). Dagegen kann der Verpfänder nicht einseitig sich dadurch von der Schuld befreien, daß er erklärt, dem Gläubiger die Pfänder abtreten zu wollen [3]). Auch soll der vor dem Verfall der Schuld eingegangene Vertrag, daß dem Gläubiger die Pfänder abgetreten werden sollen, wenn der Schuldner zur rechten Zeit nicht gezahlt haben werde, keinen Verkauf der Pfänder enthalten, sondern nichts weiter bedeuten, als daß er nach gemeinen pfandrechtlichen Grundsätzen solle verkaufen dürfen und müssen [4]).

§. 57.

Von den Nebenverträgen in Bezug auf die Ausübung der pfandrechtlichen Befugnisse.

Bereits beim Pfandcontract ist einiger Nebenverträge gedacht worden, welche mit dem Besitz des Pfandes in Verbindung stehen. Die, welche hier gemeint sind, betreffen nur die Ausübung der dem Pfandgläubiger gesetzlich zustehenden Befugnisse [5]). Man kann sie in zwei Classen theilen:

---

1) Gesterding S. 192.

2) C. 2. *de Luitione pignoris.* C. 13. *de Pignoribus*, s. *Cujac.* in der folg. Anm.

3) C. 1. *de Pignoribus.* — Debitor, qui pignoribus profitetur se creditoribus cedere, nihilo magis liberabitur. (194.) S. bes. *Cujac.* ad h. l. Opp. T. IX. p. 1187.

4) C. 1. *de Pactis pign.* Dazu *Cujac.* l. l. p. 1239.

5) Insofern durch solche eine

I. Solche, über die eigenmächtige Besitzergreifung des Pfandes. Sie unterliegen mannigfaltigen Zweifeln, und haben lange keine Berücksichtigung gefunden [1]). Da sie auf Selbsthülfe beruhen, und das römische Recht diese so sehr ausschließt, daß es nicht einmal die Pfändung gestattet, so erklärt es auch jeden Vertrag der Art für ungültig, daß der Gläubiger nach Verlauf des Zahlungstermines ohne gerichtliche Hülfe eigenmächtig solle den Besitz des Pfandes ergreifen können [2]) vergl. o. S. **503**.). Gleiches gilt von dem Vertrage, daß künftig eine Hypothek in ein Faustpfand verwandelt werden solle. Dahin gehört auch ferner, daß selbst wer im Besitz bereits aus einem andern Grunde sich befindet, der ihn aber zur Herausgabe an Den rechtlich zwingt, welcher ihm denselben übertragen hat, vom Pfandrechte keinen Grund hernehmen kann, sich dessen zu weigern [3]). Besitzergreifung und Verkauf sollen dessen ungeachtet nur nach den gewöhnlichen gesetzlichen Verträgen ausgeübt werden [4]). Auch muß die von Manchen [5]) gemachte Ausnahme verworfen werden: wenn sich der Schuldner der Besitzergreifung nicht widersetzt habe, und wenn er abwesend gewesen sei. Denn der Grund der Störung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit macht sich auch hier geltend, da jeder Abwesende vom Gesetz Schutz für sein Eigenthum erwarten darf; die geschehene Besitzergreifung erster Art hingegen kann dadurch nicht gerechtfertigt werden,

---

Modification der gesetzlichen Befugnisse für ein Pfandrecht an Grundstücken entsteht, ist mit Bezug auf den letzten Theil von §. 30. und die Schlußbemerkung von §. 47. zu erinnern, daß eine solche Aenderung mit vollem Erfolge, d. h. auch gegen Dritte, nicht blos zwischen den Contrahenten und ihren Erben, gerichtliche Verlautbarung und Bestätigung erfodert; s. *Gottschalk* Discept. II. p. 167.

1) Außer dem, was Westphal a. a. O. §§. 70 u. 71. hat, ist nur eine Berührung derselben in *Boehmer* Diss. de eo, quod justum est, durante justitio vorhanden. (Exercit. ad Pand. II. Nr. 25.) und in Strube rechtl. Bedenken III. 674. S. 302.

2) C. 3. *de Pignoribus.* — Creditores, qui non reddita sibi pecunia, conventionis legem, ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur: attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent. C. 11. *de P. A.* hat *Cujac.* im Comm. zur erstern, Opp. T. IX. p. 1189. in's gehörige Licht gestellt, daß man nicht durch die Verbindung conventionem vel praesidialem jussionem sich irre leiten lasse.

3) C. 11. *Depositi.*

4) C. 1. *de Pactis pign.*

5) Westphal a. a. O.

daß der Schuldner zu dem ihm geschehenen Unrecht schweigt, und nichts hindert ihn, die Hülfe Rechtens jeder Zeit in Anspruch zn nehmen.

II. Die Nebenverträge, welche den Verkauf betreffen. Diese lassen sich im Einzelnen unmöglich aufzählen, da sie ganz von den Umständen und der Willkühr der Betheiligten abhängen; wir gedenken folgender einzelner Arten und Klassen:

1) das s. g. Jus variandi, auch eligendi und v., welches eigentlich eine mehrfache Bedeutung hat, je nachdem es mit einer allgemeinen Hypothek allein, oder mit einer allgemeinen und einer besondern verbunden wird. Dort bezeichnet es das Recht, ein aus dem Inbegriff des verpfändeten Gesammtvermögens gewähltes Stück, um Befriedigung daraus zu suchen, wieder fahren lassen und ein anderes wählen zu dürfen; denn die geschehene Wahl bindet den Gläubiger nicht [1]). Hier aber bedeutet es das Recht, sich nicht erst an das Specialpfand halten zu müssen, ehe man die Generalpfänder angreifen darf, sondern nach Willkühr das eine oder das andere angreifen zu können [2]), m. a. W., die Aufhebung des s. g. Beneficii excussionis realis, welche die sonst unbestimmte Verbindung der beiden Pfandrechte näher erläutert. [Vergl. oben S. 494. [4]) und 495.]

2) Alle Verträge, die dem Verkauf ein besonderes, von dem gesetzlichen abweichendes Verfahren vorschreiben, z. B. durch Friständerungen [3]), und über dessen Art und Weise überhaupt, — z. B. öffentlicher Meistgebotsverkauf.

3) Der Vertrag, das Pfand verkaufen zu dürfen. Dieser, im früheren römischen Rechte zur Ausübung des Verkaufs vom Pfandrecht unabhängig (s. S. 504.), jedoch ein vulgare genannt [4]), ist nach neuerem Rechte zwar nicht mehr nöthig, es fragt sich aber, wie er, dessen ungeachtet

---

1) *Mevius* Decis. T. II. P. 7. d. 183.

2) Zimmern in der Zeitschrift Bd. I. S. 48.

3) Fr. 63. *de Fidejussoribus.* C. 3. §. 1. *de Jure dominii impetr.*

4) C. 4. *de P. A.*

eingegangen, auszulegen sei? Nach einer Meinung [1]) soll der Gläubiger dadurch von der Anzeige an den Verpfänder befreiet sein, welche sonst dem Verkauf vorangehen muß. Allein wir halten die Beweisgründe [2]) dafür für zu schwach. Dagegen ist der Vertrag, der Gläubiger solle sogleich verkaufen dürfen, ohne Beschränkung aufrecht zu erhalten, und namentlich nicht nur dann, wenn er nach fällig gewordener Schuld eingegangen worden ist [3]); denn auf eine Rechtswohlthat gültig zu verzichten, steht Jedem frei.

4) Der Vertrag, das Pfand nicht verkaufen zu dürfen, ist schon oben S. 505. u. 510. vorgekommen.

Für die Nebenverträge, welche den Verkauf des Pfandes betreffen, ist endlich noch zu bemerken, daß sie in rem abgefaßt sein müssen, wenn sie auch auf andere als die Universalnachfolger des Gläubigers bezogen werden sollen [4]).

§. 58.

Von dem Rechtsverhältniß des Verpfänders zum Pfande [5]).

Das Pfandrecht, als dingliches eventuelles Foderungsrecht, läßt seiner Natur nach während seiner Dauer das Eigenthum beim Verpfänder, und vernichtet dies erst durch den Verkauf oder Zuschlag des Eigenthums [6]) (vgl. S. 232.).

---

1) *Mühlenbruch* l. l. §. 321. (3). Overbeck Medit. Bd. XI. S. 24 b.

2) Es wird nur §. 1. *J. Quibus alienare licet*, und C. 3. §. 1. *de Jure dom. impetr.* angeführt, welche aber viel zu allgemein sprechen, um zu einem solchen Schluß zu berechtigen.

3) Wie Balett §. 349. will.

4) Fr. 8. §. 4. *de P. A.* — De vendendo pignore in rem pactio concipienda est, ut omnes contineantur. Sed etsi creditoris duntaxat persona fuerit comprehensa, et heres ejus jure vendet, si nihil in contrarium actum est. (POMP. 35. *ad Sab.*) Es ist möglich, daß die hier gemeinte pactio nur so, wie S. 504. Anm. 4. zu verstehen ist, allein dann würde die Ausdehnung auf andere Verträge, als gerade den, überhaupt verkaufen zu dürfen, aus der Analogie nicht nur gerechtfertigt werden, sondern jene Stelle auch dazu nöthigen.

5) Es ist unmöglich zu vermeiden gewesen, dieses Verhältniß bisher schon oftmals zu erwähnen, namentlich beim Faustpfande, daher die häufigen Verweisungen.

6) C. 9. *de P. A.* — Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire, in dubium non venit. Etc. (*Diocl.*) Vgl. Fr. 52. pr. *de Fidejussor.* Fr. 35. §. 1. *de P. A.*

Daher trifft der Verlust und Untergang des Pfandes ihn; der Kauf des Pfandes vom Gläubiger ist ungültig, und befreiet den Schuldner nicht von der Zahlung der ganzen Schuldsumme, so daß er mit dem Kaufpreise loskäme [1]); auch der Sohn kann die vom Vater verpfändete Sache nicht mit Gelde aus dem Sondergute kaufen, sondern nur damit auslösen [2]). Er verliert von seinem Rechte nur soviel, als mit dem Pfandrechte unverträglich ist, und kann mit Ausnahme der gesetzlichen Beschränkungen (s. o. S. **252**.) frei als Eigenthümer über die Sache verfügen [3]), der Gläubiger habe den Besitz oder nicht, weil dadurch dessen Rechten entweder gar nicht zu nahe getreten wird, oder soweit dies wirklich geschieht, er gesetzlich dazu berechtigt ist (vergl. S. **253**.). Außerdem darf jedoch der Schuldner in Bezug auf das Pfand nicht einmal solche Handlungen vornehmen, wodurch sein Vermögenszustand überhaupt verbessert, und nur das Pfand entäußert würde, sobald nicht der Gläubiger eingewilligt hat [4]). Er hat daher

1. wenn nicht das Gegentheil durch besondern Vertrag ausgemacht ist (s. S. **259**.), wohin auch der Pfandcontract gehört (s. S. **233**.), den vollen Fruchtgenuß und Gebrauch der Sache; er hat ferner, wie den Schaden, der das Pfand durch Zufall trifft, auch allen und jeden Vortheil [5]), welchen es, gleichviel aus welchem Grunde, gewährt (vergl. S. **235**.).

2. Der Besitz kann zwar auf den Gläubiger übergehen, allein der rechtliche Vortheil, den er gewähren kann, also die Ersitzung, wird selbst durch jenen dem Verpfänder zu Theil. Hiervon ist ebenfalls oben S. **231** ff. gehandelt worden.

3. Der Verpfänder kann folglich sein Eigenthum und seinen Besitz wider Jedermann, außer gegen den Pfandgläu-

---

1) Fr. 40. pr. *de P. A.*

2) §. 1. *eod.*

3) Fr. 12. pr. *de Distract. pign.*

4) Fr. 3. u. 4. pr. *Quibus modis pignus.* Fr. 43. §. 8. *de Aedil. Edicto.*

5) Fr. 21. §. 2. *de Pignoribus.* — Quicquid pignori commodi, sive incommodi fortuito accedit, id ad debitorem pertinet. (ULP. 73. *ad Ed.*)

biger, und gegen diesen auch dann, wenn er noch kein Recht hat, den Besitz zu verlangen, durch dieselben Rechtsmittel geltend machen, wie wenn keine Verpfändung der Sache geschehen wäre [1]). Es ist jedoch dabei die schon mehrmals erwähnte Ausnahme zu beachten, daß, wenn der dritte Besitzer den Pfandgläubiger abgefunden hat, er die Herausgabe mittelst der Einrede der Arglist so lange verweigern kann, bis er deshalb vollen Ersatz erhalten hat [2]), d. h. die dem Gläubiger gezahlte Summe nebst Zinsen der Zwischenzeit und aufgewendeten Kosten, worauf aber die gezogenen Früchte abzurechnen sind.

4. Ausfluß des Eigenthums ist auch die Veräußerungsbefugniß ohne erfoderliche Einwilligung des Gläubigers, jedoch ohne Beeinträchtigung seiner Rechte [3]). Der Eigenthümer überträgt also zwar das Eigenthum, daß selbst die dingliche Eigenthumsklage wider den dritten Besitzer und gegen den Pfandgläubiger unter dem Angebot der Zahlung erhoben werden kann, allein, wie es heißt, cum sua caussa [4]), d. i.

---

1) Fr. 35. §. 1. *de P. A.* — Dem steht auch C. 9. *de Pignoribus* keineswegs entgegen: Si dominium ejus possessionis, quae pignori data esset, a debitrice domina ad te translatum est, eamque postea creditor vel ejus heredes detinere coeperunt, vindica eam rem, Praeside provinciae curante, ut fructuum deducta ratione, residuoque a te oblato, si fuerit satisfactum, ea possessio tibi reddatur. (239.) Denn hier ist offenbar ein Gegennutzungsvertrag und also ein Faustpfandcontract eingegangen gewesen. — Das übersieht die entgegengesetzte Ansicht gänzlich, s. z. B. Gesterding S. 158.

2) Fr. 65. pr. *de R. V.* — Emtor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori ejus solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum recuperavit, sc. si minus in fructibus ante litem perceptis fuit; nam eos usuris novis duntaxat compensari, sumtuum in praedium factorum exemplo, aequum est. (PAP. 2. *resp.*) Von diesem Fall sind auch zu verstehen C. 2. *Si pignus pignori*, C. 2. *Si vendito pignore.* C. 3. *eod.*

3) C. 12. *de Distract. pign.* — Si debitor rem tibi jure pignoris obligatam te non consentiente distraxit, dominium cum sua caussa transtulit ad emtorem. (*Diocl.*) Vgl. Fr. 6. pr. *de P. A.* Fr. 7. §. 2. *de Distract. pign.* C. 17. *eod.* u. Gesterding S. 156. (5).

4) Fr. 18. §. 2. *de P. A.* — Si fundus pigneratus venierit, manere caussam pignoris, quia cum sua caussa fundus transeat, sicut in partu ancillae, qui post venditionem natus sit. (PAUL. 29. *ad Ed.*)

dem an der Sache haftenden Pfandrecht, so daß der neue Eigenthümer nur gerade in die Stelle des alten einrückt [1]). Dieser kann aber seinerseits, wenn er erst später erfährt, daß der Kaufgegenstand mit dem Pfandrecht behaftet ist, sowohl wider den Verkäufer Klage auf Auslösung des Pfandes aus der Pfandverbindlichkeit erheben, als, auf Zahlung belangt, dies mittelst der Einrede der Arglist erreichen [2]), oder auf das Interesse klagen [3]); auch kann der Käufer, so lange der Kaufpreis wenigstens noch nicht ganz gezahlt worden ist, vom Kauf abstehen, und das Gezahlte zurückverlangen [4]).

Auch die Veräußerungsbefugniß leidet (ungerechnet die S. 466.) Ausnahmen:

a. wenn der Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner eingegangen worden ist, daß letzterer das Pfand nicht solle verkaufen dürfen, (pactum de non alienando), so ist die dessen ungeachtet geschehene Veräußerung nichtig [5]).

b. Die Veräußerung einer besonders verpfändeten beweglichen [6]) Sache, ohne dabei erfolgende Befriedigung des Gläubigers (s. S. 498.), steht einer Dieberei gleich [7]).

---

1) C. 4. *de Evictionibus.* — Si praedium tibi pro soluto datum est, quod aliis creditoribus fuerat obligatum, caussa pignoris mutata non est. Igitur si hoc jure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. (212.) C. 10. *de Remissione pign.* — Res pignoris hypothecaeve jure creditoribus obnoxias citra consensum eorum debitores alienantes, praecedentem non dissolvunt obligationem. (*Diocl.*) C. 15. *de Pignoribus.* — Debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem vel fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris conditionem certissimum est. Etc. (*Diocl.*) Nov. CXII. Cap. 1.

2) C. 5. *de Eviction.*

3) C. 23. *eod.*

4) C. 24. *eod.*

5) Fr. 7. §. 2. *de Distract. pign.* (S. 78.) — Die Erklärung s. bei Glück XVI. 57 ff. Vgl. Lauk in der Zeitschrift Bd. V. S. 13. Löhr im Archiv XIV. S. 168.

6) Unrichtig leugnen hier Manche (Gesterding S. 156.), daß nur bewegliche Sachen gemeint seien (vergl. Löhr im Archiv Bd. XIV. S. 168.); allein offenbar kann nur in Bezug auf sie der Regel nach die Nichtveräußerung von Interesse sein, und wenn es auch die Handlung ist, welche den Begriff des furtum herstellt, weil man nicht seine eigene Sache stehlen kann, und also der Einwand als begründet erscheinen könnte, daß man deshalb hierbei aus jenem Begriff gerade nicht auf eine bewegliche Sache schließen dürfe, so ist doch zu berücksichtigen, daß jene Handlung eben eine bewegliche Sache betreffen wird.

7) Fr. 19. §. 6. und Fr. 66. pr. *de Furtis.*

Der Verpfänder kann mit der Diebstahlsklage, wie mit der Condiction belangt werden (s. o. S. 235.), und zwar nicht blos zur Aushülfe [1]). Es unterliegt zwar in diesem Fall keinem Zweifel, daß der Erwerber eines solchen Pfandes sowohl wie jeder nachmalige Besitzer mit der hypothekarischen Klage angegriffen werden [2]), und die Sache also ebenfalls nur unbeschadet des Pfandrechts übergehen könne; allein es ist sehr die Frage, ob durch eine solche Veräußerung das Eigenthum überhaupt übergehe. Sie ist aber in der römisch-rechtlichen Vorschrift, daß für Verbrechen, welche ein vom Verpfänder entwendeter und veräußerter Sclav begeht, der Käufer haften soll, welche dafür den ausdrücklichen Grund anführt, weil er das Eigenthum erwerbe, bejahet, wenn es auch dort für ein solches, welches dem Eigenthümer entzogen werden kann, anerkannt, und mit dem wissentlich von einem Minderjährigen oder zum Betruge der Gläubiger erworbenen gleichgestellt wird [3]).

c. Endlich ist die veraltete schon mehrmals gelegentlich vorgekommene Ausnahme übrig, daß ein besonders verpfändeter Sclav nicht freigelassen werden darf.

Wir gedenken hier einer Frage, welche u. W. nur von zwei Rechtslehrern [4]) bisher kürzlich erwähnt und bejahet wird, ohne daß jedoch die dadurch entstehenden Folgen für das Pfandrecht dabei berührt würden; alle übrigen schweigen wie die Quellen selbst [5]) über eine unmittelbare Entschei-

---

1) Diese Bestimmung kann auch nicht durch *Nov.* CXII. Cap. 1. für aufgehoben betrachtet werden, weil dies die Veräußerung speciell verpfändeter Sachen unter der Bedingung gestattet, daß der Gläubiger befriedigt werde, und überhaupt dies nur unter dem Gesichtspunkt erwähnt, daß solche Sachen nicht als streitige zu betrachten seien. Unter jener Bedingung nemlich kann die Veräußerung freilich nicht als verboten gemeint sein.

2) Fr. 36. *de Noxal. act.* Fr. 3. *de P. A.* Nach Inhalt des letztern kann das Pfandrecht nicht als aufgehoben betrachtet werden, und es steht also mit dem erstern in Einklang.

3) Vgl. Fritz S. 496.

4) *Mühlenbruch* l. l. §. 317. (onera imponere,) und Valett §. 357.

5) In Fr. 16. *de Servitutibus* wird dem Gläubiger eine analoge Confessorienklage beigelegt, woraus der Schluß zu ziehen ist, daß ihm auch eine solche Negatorienklage zuzugestehen sei; dies ist aber hier ohne Einfluß, weil es sich um eine vom Verpfänder erst bestellte Dienstbarkeit handelt.

dung, keiner aber verneint sie, — der Frage, ob der Verpfänder an dem Pfande eine Dienstbarkeit bestellen könne? — Die Bejahung kann sich nur auf die dem Verpfänder als Eigenthümer verbleibende Verfügungsbefugniß stützen. Ob die also zugegebene Bestellung einer Dienstbarkeit oder sonstigen dinglichen Last aber unbeschadet des Pfandrechts geschehen müsse, das wird von der bejahenden Meinung so wenig berührt, als in wiefern die rechtliche Natur der Dienstbarkeiten überhaupt damit verträglich sei, um eine solche alsdann in voller Gültigkeit entstehen zu lassen. Soviel ist gewiß, daß hier die Wirkungskreise zweier Rechte in einander laufen, des Verfügungsrechts des Verpfänders über das Pfand, welches im Eigenthumsrechte seinen Grund findet, und des Pfandrechts. Denn da dem Gläubiger die Sache unter denjenigen rechtlichen Verhältnissen verpfändet wird, wie sie der Eigenthümer eben besitzt, und diese zugleich den Maaßstab für die Ausdehnung seiner pfandrechtlichen Befugnisse abgiebt, so sind mit dem Pfande zugleich alle Eigenthumsrechte ergriffen, und also nothwendiger Weise eine Entäußerung einzelner aus dem Pfandverbande einseitig für den Verpfänder so wenig möglich, als eine Verfolgung der getrennten als solcher wider den Pfandgläubiger denkbar. Die Verfügungsbefugniß des Eigenthümers kann nun zwar solche Umstände betreffen, die, wenn auch im Umfange des Eigenthums gelegen, doch dessen Gegenstand in Ansehung seines vollen thatsächlichen Umfanges und seiner rechtlichen Verhältnisse, wie sie zu der Zeit der Pfandbestellung waren, unberührt lassen, (z. B. kann der Verpfänder eines Hauses eine vom Nachbar ihm angebotene Servitus altius non tollendi ohne Zweifel so gut wie der Schuldner eine ihm angetragene Erbschaft ausschlagen, ohne daß der Gläubiger widersprechen, d. h. ihn nöthigen könnte, sie anzunehmen), allein dahin kann doch die Bestellung einer Dienstbarkeit nicht gerechnet werden, weil diese ein unmittelbar aus dem Umfang des Eigenthums abgelöstes Recht ist [1]), mithin schon in

---

1) Büchel Natur des Pf. R. S. 80 f. Ders. über Verpfändung der Jura in re S. 7 ff.

der Verpfändung des Eigenthumsrechts, d. i. der Sache selbst einbegriffen ist, und weil es keine Dienstbarkeit giebt, welche dem Gegenstande, dem sie auferlegt wird, nicht von seinem Werthe mehr oder weniger entzöge. So wenig also der Pfandgläubiger die zwischen zwei Erben seines Schuldners, sei es auch durch richterliche Adjudication, in der Art getroffene Theilung, wonach dem Einen der Nießbrauch und dem Andern die Eigenheit (proprietas) zuerkannt worden, anzuerkennen braucht, kann derselbe zur Anerkennung eines vom Eigenthümer an dem Pfande bestellten Dienstbarkeitsrechts genöthigt werden, sobald es zur Ausübung seines Pfandrechts kommt. — Die Frage ist hiernach dahin zu beantworten, daß der Pfandeigenthümer zwar an dem Pfande eine Dienstbarkeit bestellen könne, der Pfandgläubiger dieselbe aber nicht anzuerkennen brauche [1]), wenn er künftig zur Veräußerung des Pfandes schreite, mithin jene erst dann endlich und unwiderruflich festgestellt erscheine, wenn entweder der Gläubiger sie mitanerkannt, oder seine Befriedigung erhalten habe.

Was von den Dienstbarkeiten, muß auch von allen und jeden Veränderungen gelten, welche der Verpfänder als Eigenthümer sonst in Betreff des Pfandes vornehmen darf, wenn diese von der Art sind, daß sie den Werth des Pfandes vermindern. Ohne Zweifel ist aber dann auch dem Gläubiger sofort ein Widerspruchsrecht zuständig, und der richterliche Schutz, welcher sich durch Entziehung der Verfügungsbefugniß in der fraglichen Hinsicht oder durch Abfoderung von Sicherheitsbestellungen äußern darf, wohlbegründet. Da in solchen Fällen vorsorgliche und einstweilige Maaßregeln und Verfügungen des Richters [2]) zur Sprache kommen, so genügt es, über die Anwendung dieser Regel selbst auf die über jene geltenden Grundsätze der richterlichen Thätigkeit zu verweisen, welche partikularrechtlich freilich über-

1) Dafür zeugt auch schon die Analogie von der Anlage der Begräbnisse auf verpfändeten Grundstücken, S. 252. Gleiches gilt auch von den Reservatis rusticis gegen Hypotheken gehalten, s. *Gottschalk* Discept. for. II. Cap. 22.

2) Heffter Institutionen des Civilprozesses S. 525. Gönner Handbuch des Prozesses Bd. IV. Abh. 79.

all jetzt verändert sein dürften. Hierher gehörte nur die Anerkennung des Rechts selbst, solche zu beantragen.

Verfügung auf den Todesfall über ein Pfand ist dem Eigenthümer unverwehrt. Hiernach können sich mannigfaltige Fragen gestalten, bei denen jedoch ein Interesse des Gläubigers nicht weiter zur Sprache kommt, da das Pfandrecht niemals dadurch beeinträchtigt werden kann, sondern seine dingliche Natur überwiegend bleibt. Es ist daher nur in Betreff der Vermächtnisse, deren Gegenstand ein Pfand geworden, einiges Besondere, dessen die Quellen ausdrücklich gedenken, anzuführen. Hat bei der Errichtung eines solchen Vermächtnisses der Testator die Verpfändung gekannt, so muß in Ermangelung näherer Bestimmung der Erbe die Einlösung des Pfandes besorgen; war sie ihm unbekannt, so liegt dies dem Vermächtnißberechtigten ob, es müßte sich denn aus andern Umständen die Absicht des Testators dahin erkennen lassen, daß, wenn er es gewußt, er das Pfand frei von der Verbindlichkeit, oder eine andere Sache statt dessen vermacht haben würde [1]). — Wenn ferner ein Schuldner seinem Gläubiger fideicommißweise aufgegeben hat, sich durch Verkauf des Pfandes bezahlt zu machen, den Ueberschuß aber einer dritten Person herauszuzahlen, so kann diese den Erben auf Abtretung der Pfandhauptklage aus dem Fideicommiß belangen, um vom Gläubiger den Ueberschuß fodern zu können [2]). Hat der Testator erst nach Errichtung des Fideicommisses oder Vermächtnisses die Sache verpfändet, so werden dadurch die ersteren nicht aufgehoben. Greift dann

1) Die Stelle, welche diese Vorschriften enthält, Fr. 57. pr. *de Legatis* I. — si nesciat, a fideicommissario (luenda est,) nisi si vel hanc, vel aliam rem relicturus fuisset, si sciisset obligatam, vel potest aliquid esse superfluum ex soluto aere alieno; — ist wahrscheinlich verdorben, denn die letzten Worte geben keinen Sinn. Die Bemühungen der Ausleger darüber s. bei Westphal von Vermächtnissen S. 225., welcher ein non vor potest einschieben will. Mir scheint aber potest am anstößigsten, da es zumal gar nicht in die Zeitfolge paßt. Größere Untersuchung scheint mit keinem entsprechenden Gewinn lohnen zu wollen, weshalb wir die Stelle als nicht hierher gehörig übergehen, und nur für den folgenden Theil derselben bemerken, daß sie aus einer Zeit herrührt, wo das Beneficium ordinis (excuss. person.) noch nicht eingeführt war.

2) Fr. 108. §. 13. *eod.*

der Gläubiger den Erben mit der persönlichen Klage an, so wird das Pfand durch dessen Zahlung frei, ohne daß er den Vermächtnißberechtigten auf Erstattung belangen könnte, sobald der Testator nicht seinen Willen dahin zu erkennen gegeben hat [1]).

Für die Verfügungsbefugniß des Verpfänders ist hier noch an die anderweite Verpfändung eines Pfandes von der Seite her betrachtet, wenn sie geschieht, ohne daß der dem andern nachfolgende Gläubiger von den bereits auf der Sache ruhenden Pfandrechten in Kenntniß gesetzt wird, zu erinnern; es ist davon oben S. **206.** u. **249.** schon Etwas vorgekommen, über die weiteren sich hiernach gestaltenden Verhältnisse s. u. §§. **63. 64. 67. 68.**

Als eine besondere Berechtigung des Pfandeigenthümers mag man es betrachten, daß die Beerdigungskosten seiner Leiche vor allen Pfandfoderungen aus seinem verpfändeten Vermögen entnommen werden.

---

1) C. 3. *de Legatis.*

Zehnter Abschnitt.

Von den durch das Pfandverhältniß entstehenden Klagen und Rechtsmitteln.

---

§. 59.

Allgemeine Bemerkungen. — a. Von den petitorischen Klagen.

Das Pfandverhältniß begründet für den Gläubiger verschiedene Mittel, sein Recht am Pfande wider den Verpfänder wie gegen Dritte geltend zu machen, petitorische wie possessorische; außerdem ist der Pfandcontract, oder das ohne diesen auf dem Wege Rechtens entstandene Besitzverhältniß, die Veranlassung zu gegenseitigen Klagen zwischen beiden Contrahenten auf Erfüllung der aus ihm entspringenden Contractsobliegenheiten (s. §. **27.**), unter welchen die einzige, welche das Pfandverhältniß überhaupt für den Verpfänder begründet, die Pfandhauptklage. Die durch den Vertrag der Verpfändung begründet werdenden Klagen wegen Erfüllung oder Nichterfüllung vertragsmäßiger Obliegenheiten, oder wegen eines vertragswidrigen Vorhandenseins oder Abhandenseins von Umständen in Betreff des Pfandes, (s. o. S. **206. 249.**) gehören dagegen, weil sie nur bei Gelegenheit des Pfandrechts entstandene Foderungen betreffen, nicht dieses selbst, so wenig hierher, wie die weitere Erörterung der Natur anderer Klagen, die dem Pfandgläubiger als solchem zustehen, aber nicht auf ihn ursprünglich berechnet sind; wie die Interdicte für den besitzenden Pfandgläubiger, die Theilungsklagen u. s. w., obwohl deren als ihm zuständig eine besondere Erwähnung und Aufzählung geschehen mußte, da sie für ihn allerdings durch das Pfandrecht selbst begrün=

det werden. — Die durch das Pfandverhältniß unmittelbar und ausschließlich entstehenden Klagen sind aber: die hypothekarische oder Servianische Klage, das Salvianische Interdict, und die Pfandcontractsklagen. Wir sprechen in diesem Paragraphen über:

a. die zur Verfolgung des Pfandes dienende dingliche Klage (in rem actio), unter dem gewöhnlichen Namen der hypothekarischen, welche dem Gläubiger, der sich nicht im Besitz befindet, (sonst wird das Pfandrecht durch die Einrede der geschehenen Verpfändung geltend gemacht,) oder den erhaltenen verloren hat [1]), wider jeden minderberechtigten Besitzer des Pfandes auf Herausgabe desselben sammt allem Zubehör zusteht. Sie ist die dem Pfandrechte jeder Art und jeden Ursprungs eigenthümliche Klage und ohne sie kein Pfandrecht, dessen Wesen vielmehr in ihr besteht (vgl. S. **12** ff.). Sie stammt aus dem prätorischen Rechte, und ist durch Analogie und Auslegung der reinen Servianischen [2]) Klage entstanden, welche dem Verpachter eines ländlichen Grundstücks gegeben ward, der die ihm für seine Pachtfoderung ausdrücklich zum Unterpfande bestellten res invectae et illatae des Pächters einklagen wollte [3]). Die rechtsgeschichtlichen Zweifel über die Servianische Klage und deren weitere Ausbildung, besonders auch in Zusammenhalt mit der s. g. pigneraticia in rem actio, sind mannigfaltig und manche wahrscheinlich unauflöslich; da zur richtigen Beurtheilung des Wesens dieser Klagen der geschichtliche Gesichtspunkt unentbehrlich ist, so kann hier das Nothwendige nicht übergangen werden.

Der ältern gemeinen Meinung nach [4]) sollte Servius Sulpicius Rufus, Cicero's großer juristischer Zeitgenosse, der Begründer jener nach ihm genannten Servianischen Klage gewesen sein. Sie ist schon längst als falsch erkannt worden, und danach nur die negative Gewißheit übrig ge=

---

1) Fr. 28. pr. *de P. A.*

2) Eine andere als die hier gemeinte s. bei *Gaj.* IV. 35. Vergl. S. 200. (3).

3) Vgl. Glück XVIII. S. 309 ff. Löhr im Magazin Bd. III. S. 535. Büchel Natur des Pf. R. S. 6 ff. 104 ff.

4) *Thierbach* historia de pignoribus p. 22 sq.

blieben, daß ein Prätor Namens Servius ihr Begründer gewesen sei, der, da schon Cicero der Hypotheken, und zwar, wie es allerdings den Anschein hat, mit voller nachmaliger Wirkung gedenkt [1]), älter als dieser gewesen sein müßte. Da Cicero, der das älteste Zeugniß für sie abgiebt, von einem Falle spricht, der in einer von Griechen bewohnten Provinz (Carien) vorgekommen sei, so hat man daraus geschlossen, daß die Servianische Klage durch das Provinzialedict eingeführt worden sein möge, weil die Provinzen der frühern strengern pfandrechtlichen Formen entbehrten, und nebst der Hypothek wohl ursprünglich griechischen Rechtens gewesen sein möge [2]). Gewisser sind glücklicher Weise die geschichtlichen Momente über die practische Bedeutung derselben und ihre Ausbildung zur hypothekarischen. Wir lassen hier Justinian [3]) selbst sprechen; nachdem von Klagen in rem die Rede gewesen, fährt er fort: Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius Praetoris jurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur; quasi Serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continentur. — Allein die in diesen Worten vorkommenden technischen Bezeichnungen werden für die daran geknüpften Begriffe in den Rechtsquellen selbst nicht festgehalten, sondern mit neuen vermischt. Es findet sich erstens sehr häufig Serviana actio in allgemeinerer Bedeutung, d. h. für die hypothekarische oder quasi-servianische Klage [4]). Quasi Serviana findet sich selten und wohl im-

---

1) *Epist.* ad Divers. XIII. 56. s. *Ev. Otto* de Vita Servii S. lib. S. 10. 1. 2.

2) *Salmas. de modo Usurar.* Cap. 12 p. 499.

3) J. §. 7. *de Actionibus.*

4) Fr. 3. pr. Fr. 18. 21. §. 1. *de Pignorib.* C. 6. *Si aliena res pignori* etc. s. *Schrader* ad Inst. l. l. p. 642.

mer mit dem Beisatz: vel hypothecaria [1]) oder einem ähnlichen [1]); auch einmal [2]): hypothecaria vel Serviana. Hypothecaria actio scheint die vorherrschende Benennung gewesen zu sein, und gegen sie sind alle übrigen selten [3]) zu nennen. Außer quasi Serviana findet sich auch utilis Serviana, aber selten, und von ihr heißt es, quae ad exemplum Servianae instituitur [4]); es fragt sich aber um das Verhältniß beider zu einander? Der Unterschied zwischen beiden läßt sich in der That so genügend nachweisen, daß Justinians wenn auch nur einmalige Verwechselung beider billig auffallen muß [5]). Denn die Benennung der quasi Serviana ist ja in den Quellen ausdrücklich als Erweiterung rücksichtlich des äußern Umfanges [6]), d. h. als Ausdehnung auf andere Pfandrechte als das vertragsmäßige des Verpächters an ausdrücklich verpfändeten rebus invectis des Pächters im ländlichen Grundstück, bezeichnet, während utilis die innere Ausdehnung nach den gewöhnlichen Grundsätzen der utilis actio andeutet (s. o. S. 151.), so daß also sowohl die Serviana in ursprünglicher engerer Bedeutung, wie die quasi Serviana eine utilis sein kann, nur daß, bei der vorhergedachten Erweiterung der Begriffe, Serviana für quasi Serviana in den Quellen vorkommt, und also utilis Serviana mit utilis quasi Serviana gleichbedeutend ist [7]). — Außer den bisherigen Benennungen findet sich für die dingliche Pfandklage auch noch: vindicatio, petitio, persecutio, pigneraticia in rem actio (auch pigneraticia Serviana [8]). Die drei ersten Benen-

---

1) Fr. 13. §. 1. *ad SCt. Vellejan.*

2) Fr. 29. *Famil. erciscundae.*

3) S. die von *Schrader* gesammelten Stellen, l. l. §. 7.

4) C. 2. *de Precario.*

5) Löhr will a. a. O. S. 136. (1.) diese in C. 1. VI. 37. finden, wahrscheinlich ist aber VI. 43. gemeint, wo die Verwechselung allerdings vorkommt.

6) Büchel a. a. O. S. 116.

7) S. die Beispiele bei dems. S. 117. (49.)

8) Fr. 3. §. 3. *ad Exhibend.* — Est autem personalis haec actio, et ei competit, qui in rem acturus est, qualicunque in rem actione, etiam pigneraticia Serviana sive hypothecaria, quae creditoribus competunt. (ULP. 24. *ad Ed.*) Dieser Pluralis zeigt, daß das sive disjunctiv gebraucht ist, also p. Serv. hier die S. in ursprünglicher Bedeutung ist.

nungen sind keineswegs technische, sondern allgemeine Ausdrücke[1]); persecutio pignoris[2]), rem pignoris jure persequi[3]), hypothecaria persecutio[4]), hypothecam persequi[5]), pignus, rem, pignoris jure vindicare, vindicatio pignoris, hypothecae jure, hypothecarum auctoritate, hypothecaria actione vindicare[6]), bedeutet nichts weiter als die hypothekarische Klage, sie betreffe ein wirkliches Pfand oder eine Hypothek, so daß an eine innere Verschiedenheit der Klage in rem aus dem erstern und der letztern nicht zu denken ist. Man darf also nicht annehmen, daß dem Pfand- oder Hypothekgläubiger[7]) eine wirkliche utilis rei vindicatio zustehe, sondern es bedeutet vielmehr in dieser Anwendung vindicatio und utilis petitio die hypothekarische Klage, d. h. die Pfandklage ist keine Eigenthumsklage, auch keine fingirte, sondern sie heißt nur so, weil sie wie die wirkliche rei vindicatio auf die Verfolgung der Sache selbst gerichtet ist, entzieht aber nur nudam possessionem[8]); und so ist auch die utilis petitio servitutis (fundi oppignerati), oder utilis confessaria zugleich eine utilis Serviana[9]), d. h. die Dienstbar-

---

1) Guyet in der Zeitschr. Bd. IV. S. 367 f. Glück XVIII. S. 317. (66).

2) Vgl. die gesammelten Stellen bei Büchel S. 106. Anm. 20.

3) Ders. Anm. 21.

4) Ders. Anm. 23.

5) Ders. Anm. 24.

6) Ders. S. 115. Anm. 47. 48.

7) Früher nahm ich, der Löhr-schen Ansicht eines Unterschieds zwischen der pigneraticia in rem actio und der Serviana huldigend, und von Schröter in der Zeitschrift Bd. II. S. 258. noch hierin irre geleitet, obwohl ich ihn in der Hauptsache, über den animus possidendi des Pfandgläubigers zu widerlegen suchte, (s. meine Abhandl. ebendas. Bd. VII. S. 431.) für den erstern das Gegentheil an, allein ich irrte damals darin, daß ich von Autoritäten befangen, nur einzelne wenn auch die meisten Theile des falschen Ganzen bestritt, anstatt dieses im Allgemeinen zu verwerfen.

8) Ders. S. 121.

9) Fr. 16. *de Servitut.* — Ei qui fundum pignori accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicut ipsius fundi utilis petitio datur. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet. (JUL. 29. *Dig.*) Vgl. Büchel S. 118. f. noch dazu *Cujac.* Opp. T. VI. p. 334. zu Fr. un. §. 5. *de Remission.*, wo nach ihm petitionem statt detentionem zu lesen ist, oder noch besser defensionem, s. meine Uebers. im deutschen C. J. vergl. noch *Emund Merill.* ad Fr. 16. *d.* in Thes. Otton. T. III. p. 649. — S. oben S. 127. 131. 132.

keit wird als Zubehör des verpfändeten Grundstücks verfolgt [1]). Die Frage, wie der Begriff utilis hier zu verstehen sei [2]), da die Klage gegen den Verpfänder selbst und auch dann noch angestellt werden kann, wo die des Eigenthümers weggefallen ist, mithin keine abgeleitete, und in diesem Sinn eine utilis sein kann, ist dahin zu beantworten, daß die hypothekarische Klage als auf Verfolgung einer körperlichen Sache gerichtet, darin der wirklichen rei vindicatio nachgebildet ist; (S. 151.) — Daraus erklärt sich auch, warum dem Pfandgläubiger die publicianische Klage ausdrücklich, und zwar auch dann, wenn der Verpfänder nur Besitzer im guten Glauben ist, versagt wird [3]), obgleich beide sonst als gleichen Ursprungs und als rei persecutoriae zusammengestellt werden [4]). Der Pfandgläubiger hat nemlich keinen animus domini (s. S. 231 ff.), worauf die Publiciana beruhet. Da aber die Gültigkeit der Verpfändung davon abhängt, ob der Verpfänder ein Recht dazu gehabt, und hierzu nichts weiter als das in bonis esse des Pfandes bei ihm erfodert wird, so folgt daraus von selbst, daß die hypothekarische Klage schon allemal da Platz ergriff, wo auch der Verpfänder nur die Publiciana und nicht die Eigenthumsklage hätte anstellen können [5]). Mithin war eine Modification der hypothekarischen Klage, welche sie etwa in diesem Fall mit der eigentlichen utilis Serviana in dasselbe

---

1) S. noch Fr. 9. *de Operis novi nunc.*

2) Büchel a. a. O. S. 120.

3) Fr. 13. §. 1. *de Publ. i. r. act.* — Interdum quibusdam nec ex justis possessionibus competit Publicianum judicium. Namque pigneraticiae et precariae possessiones justae sunt, sed ex his non solet competere tale judicium, illa sc. ratione, quia neque creditor neque is, qui precario rogavit, eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse. (GAI. 7. *ad Ed. prov.*) Büchel S. 123.

4) Fr. 19. *de H. P.* — et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum periculum tamen ad heredem pertinet, ut res pignori datae defuncto cet. (sc. in hereditatis petitione veniunt). Et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, ut et hereditatis petitione contineatur, sicut illae, quarum nomine Publiciana competit. cet. (PAUL. 20. *ad Ed.*)

5) S. o. S. 211.

Verhältniß gesetzt hätte, wie die Publiciana zur Eigenthumsklage steht, unnöthig und überflüssig.

Die pigneraticia in rem actio ist aber ebenfalls keine andere, als die hypothekarische Klage, gleichviel ob auf Pfand oder Hypothek bezüglich [1]), und ebenso als utilis. Diese Benennung ward gewiß für die Klage aus beiden gemein, seitdem die hypothekarische Klage auf das Pignus angewendet ward (s. o. S. 199.)

Sonach wird unter den Benennungen: Serviana actio, (in allgemeiner Bedeutung, welche die regelmäßige ist), Serviana utilis, hypothecaria, pigneraticia actio, auch p. in rem vindicatio, petitio pignoris, diese beiden auch utilis [2]), eine und dieselbe Klage verstanden, die Pfandklage in rem, und sie möge ein Faustpfand oder eine Hypothek betreffen, durchaus nach gleichen und denselben Grundsätzen beurtheilt, und ist für jeden Pfandgläubiger brauchbar. Gleiches gilt von deren analoger Ausdehnung, für welche die Ausdrücke hypothecaria utilis actio und pigneraticia u. a. vorkommen [3]). Wie wenig genau man es mit der Wahl des Ausdrucks hier nahm, geht endlich noch aus der einmal vorkommenden Gegeneinanderstellung beider Arten der dinglichen Pfandklage unter den Benennungen: ordinaria actio super pignore, und utilis persecutio exemplo pigneraticiae [4]), hervor.

Ob die hypothekarische Klage als directa oder utilis zur Anwendung komme, das hängt von den über die utiles actiones überhaupt geltenden Grundsätzen und Regeln ab [5]). Doch dürfte die analoge hypothekarische Klage sich auf die Fälle beschränken, wo die regelmäßigen Bedingungen für die Anwendung der directen fehlen, aber auf alle drei Klassen derselben anwendbar sein, nemlich: 1) wenn eine persön-

---

1) Fr. 11. §. 10. *de Except. rei jud.* 19. *eod.* vergl. Büchel S. 113 ff.

2) S. *Schrader* l. l. p. 642. ad Verba: *quasi Serviana — persequuntur.*

3) Man lasse sich hier nicht dadurch irre führen, daß mancher Klagenname den Beisatz utilis erhält, ohne daß die Klage die analoge hypothekarische Klage bezeichnet.

4) C. 5. *Si aliena res pignori.*

5) Mühlenbruch Cession S. 139. 143 ff.

liche oder rechtliche Eigenschaft oder eine fehlende Rechtsform fingirt wird, welche eigentlich die Klage bedingt. Hierher würde z. B. diejenige analoge hypothekarische Klage gehören, welche dem Cessionar (S. **404**.) oder dem Afterpfandgläubiger, oder dem, welchem eine Foderung verpfändet war, auf die Herausgabe des Gegenstandes der letztern (s. o. S. **150** ff.) — im zweiten Fall also der, wofür das Pfand bestellt ist, — nach dessen Solution hat. **2**) Wenn nach den Grundsätzen der logisch ausdehnenden Erklärung die directe Klage auf Fälle bezogen wird, auf welche zwar nicht der Inhalt, wohl aber die Ratio einer ältern Rechtsbestimmung paßt; hierzu ist die analoge hypothekarische wegen verpfändeter Rechte zu zählen. **3**) Wenn durch Fiction der thatsächliche Grund des Wegfallens der directen Klage soweit entfernt wird, daß sie als analog zulässig bleibt; hier also z. B. die, wenn eine fremde Sache verpfändet und der Eigenthümer Erbe des Verpfänders geworden, und die Verpfändung genehmigt hat. Da überall, wo die Klage analog zur Anwendung kommt, dies hervorgehoben worden ist, so erledigt sich hier eine Aufzählung der einzelnen Fälle.

Die hypothekarische Klage, also eine in rem actio in der vollen Bedeutung, welche nicht eine Person obligirt, sondern das Pfand oder die Hypothek in den Händen eines jeden Besitzers verfolgt [1]), ist zuständig:

I. Dem nichtbesitzenden Pfandgläubiger und seinen Erben [2]), von diesen auch jedem in solidum, und zwar wenn mehrere Pfandgläubiger zusammentreffen, dem vorgehenden auch wider die nachfolgenden, den nachfolgenden aber niemals gegen den vorgehenden, und den, der von diesem gekauft hat [3]). —

---

1) Fr. 17. *de Pignoribus.* — Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori. (ULP. 15. *ad Ed.*) C. 18. *eod.* — Pignoris vel hypothecae persecutio in rem est. C. 2. *Si unus ex pluribus hered.* — — quod pignoris vindicatio non personam obligat, sed rem sequatur. §. 31. J. *de Action.*

2) C. 1. *Si unus ex pluribus.*

3) Fr. 12. §. 7. *Qui potiores.* — Si simpliciter convenisset secundus creditor de hypotheca, ab omni possessore eam aufferre poterit, praeter priorem creditorem, et qui ab eo emit. — pr. *eod.* *Verba*: Sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget, et adjudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem. (MARC. *l. 1.*)

Der im Besitz befindliche und von einem Andern angegriffene Pfandgläubiger schützt sein Recht durch die Einrede der Verpfändung — nisi mihi res oppignerata sit, — für welche, da sie das Klagrecht selbst, im veränderten Gewande, ist, alle Grundsätze desselben zur Anwendung kommen [1]).

II. Gerichtet kann die Klage werden, mit den so eben gedachten Einschränkungen, wider jeden Besitzer und wer dem gleich geachtet wird [2]), der dies im eigenen [3]) Namen ist, (sonst ist er liti se offerens, wenn er sich auf die Klage einläßt), wenn im fremden Namen, so kann er sich durch Nennung seines Gewährsmanns helfen. Denn da der Verpfänder bei der Uebertragung des Eigenthums oder des Besitzes das Pfandrecht nicht beeinträchtigen kann, sondern das Pfand cum omni caussa überallhin übergeht, so wirkt es auch bei jedem Besitzer, er müßte denn, beziehungsweise als Ausnahme, ein stärkeres Recht haben als der Pfandgläubiger (s. §. 66.). Hat sich der Besitzer arglistig des Besitzes entledigt, oder verweigert er die Herausgabe des Pfandes aus Ungehorsam, so wird er, wenn andere richterliche Hülfsmittel, Ungehorsam und Widerspenstigkeit zu bezwingen, fehlgeschlagen, oder auch, wenn sie nicht beantragt worden sind, zu der Summe verurtheilt, welche der Kläger eidlich gewürdert haben wird. Gegen den Schuldner kann dies jedoch nur den Betrag der Schuld erreichen, weil der Gläubiger ihm doch den Ueberschuß herausgeben müßte [4]), (s. o. S. 235. 242.

---

1) *Donell.* l. l. p. 498. s. u. S. 561. Anm. 1.

2) Fr. 16. §. 3. *de Pignoribus.* — In vindicatione pignoris quaeritur, an rem de qua actum est, possideat is, cum quo actum est; nam si non possideat, nec dolo fecerit, quominus possideat, absolvi debet; si vero possideat, et aut pecuniam solvat, aut rem restituat, aeque absolvendus est; si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. Sed si velit restituere, nec possit forte quod res abest et longe est, vel in provinciis, solet cautionibus res explicari, nam si caveret, se restituturum, absolvitur. Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus, non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem juraverit, sicut in ceteris in rem actionibus; nam si tanti condemnatus esset quantum debebetur, quid proderat in rem actio, quum et in personam agendo idem consequeretur? (MARC. *l. l.*)

3) S. Gesterding S. 389.

4) Fr. 21. §. 3. *de Pignoribus.* — Si res pignerata non restituatur, lis adversus possessorem erit aestimanda, sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter

und unten unter b. 2. a. E.). Ein Hinderniß, welches nur die sofortige Herausgabe nicht möglich macht, berechtigt den Beklagten zum Angebot einer Sicherheitsleistung, womit sich der Kläger für den Augenblick beruhigen muß [1]).

Der dritte Besitzer kann die hypothekarische Klage gleich dem Verpfänder und Schuldner, wie schon mehrmals vorgekommen ist (s. S. 422.), durch das Angebot und die Erlegung der Foderungssumme des Gläubigers abwenden, wodurch die Frage über die Herausgabe des Pfandes gänzlich erledigt wird. Fodert der Verpfänder dann von dem dritten Besitzer das Pfand, so braucht dieser es, vermöge der Einrede der Arglist, nicht eher herauszugeben, bis der Eigenthümer ihm das erstattet, was er für denselben dem Gläubiger erlegt hat (vergl. S. 541.), weil er ihn dadurch so gegen diesen befreiet, daß wenn der Gläubiger ihn nachmals, sei es mit der hypothekarischen oder der persönlichen Klage, belangen sollte, er ihn mit der Einrede der Arglist abwehren könnte [2]).

Hierdurch kann aber eine Rechtsfrage entstehen, welche weder eine directe Beantwortung in den Quellen findet, noch, soweit bekannt, bisher von irgend einem Rechtslehrer berührt ist. Der wirkliche Pfandgläubiger, gleich dem hypothekarischen, wenn er in den Besitz den Pfandes gekommen, haftet nemlich dem Verpfänder auf Herausgabe des Pfandes

---

adversus quemvis possessorem; nam adversus debitorem non pluris, quam quanti debet, quia non pluris interest; adversus ceteros possessores etiam pluris, et quod amplius debito consecutus creditor fuerit restituere debet debitori pigneraticia actione. (PAUL. 73. *ad Ed.*) Vergl. Glück a. a. O. S. 323. (79.) Fr. 1. *de In litem jur.* Fr. 16. §. 6. *de Pignor. Donell.* l. l. p. 500.

1) Vergl. noch *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 319. (3) sub 2.

2) Fr. 28. pr. *de P. A.* — Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa ejus possessione Serviana actione petierit, et litis aestimationem consecutus sit, postea debitor, eandem rem petens exceptione summovetur, nisi offerat ei debitor quod pro eo solutum est. (JUL. 11. *Dig.*) Fr. 2. *Quibus modis pignus.* — Si creditor Serviana actione pignus a possessore petierit, et possessor litis aestimationem obtulerit, et ab eo debitor rem vindicet, non aliter hoc facere concedetur, nisi prius ei debitum offerat. (GAI. 9. *ad Ed. prov.*) Dazu *Cujac.* Comment. ad 11. Dig. Jul. Opp. T. VI. p. 57 sq. und ad 3. Resp. Pap. T. IV. p. 919 sq.

nach Zahlung oder gesetzmäßigem Angebot der Schuld; kann nun auch der dritte Besitzer damit die hypothekarische Klage abwenden, wie dann, wenn der Verpfänder nachher gegen dieses Angebot vom Gläubiger mit der Pfandhauptklage sein Pfand zurückfodert? Zwar soll er durch die Zahlung des Dritten frei werden, allein offenbar ist dies doch nur so zu verstehen, daß er davon soll zu seinem Vortheil Gebrauch machen können, nicht daß er abgehalten würde, seinerseits dem Pfandgläubiger Zahlung anzubieten und das Pfand zurückzuverlangen, m. a. W., es kann dadurch nicht das pfandcontractliche gegenseitige Obligationsverhältniß für aufgelöst angesehen werden. Ganz dieselbe Frage kann bei der Abtretung einer Foderung entstehen, mit der ein Faustpfand verbunden und dem Cessionar behändigt worden ist. Das Interesse des Verpfänders kann keinen Augenblick einem Zweifel unterliegen, da ihm sehr daran gelegen sein kann, das Pfand gerade nur in den Händen einer gewissen Person zu wissen, oder umgekehrt nicht. Wie kann sich nun in diesen Fällen der Gläubiger gegen die Pfandhauptklage und gegen einen Nachtheil sichern, den ihm namentlich im ersten Fall das Gesetz, und nicht, wie bei der Abtretung der Foderung, seine eigene Handlung zuzieht? — Für die letztere wie für den bloßen Hypothekgläubiger hat die Entscheidung keine Schwierigkeit. Bei der Foderungsabtretung bleibt ohne allen Zweifel das Obligationsverhältniß über das Pfand zwischen dem ursprünglichen Pfandgläubiger und dem Verpfänder bestehend, sobald sich jener nicht dessen Genehmigung und dadurch Befreiung von demselben verschafft hat, wenn auch der Cessionar dergestalt in das Rechtsverhältniß eintritt, daß er z. B. die Pfandgegenklage erhält (s. o. S. 405.); denn der Gläubiger kann zwar seine Rechte auf ihn übertragen, aber nicht ihn sich in seinen Obliegenheiten willkührlich unterstellen. Der Cedent bleibt also durch die Pfandhauptklage dem Verpfänder verpflichtet. Der Hypothekgläubiger aber, welcher noch nicht im Besitz gewesen ist, kann in jene Verlegenheit weder durch Abtretung der Foderung noch durch Annahme der Zahlung vom dritten Besitzer kommen, weil die Pfandhauptklage wider ihn nur in dem einzigen Fall, daß er die Streit-

würderung erhalten, auf die Herausgabe des Ueberschusses zulässig sein kann.

Im übrigen aber läßt sich die Gefahr, der Pfandhauptklage ausgesetzt zu bleiben, für den Gläubiger — denn die Abtretung der Eigenthumsklage, welche er gegen Erlegung der Streitwürderung freilich zu fodern berechtigt ist, ist nur ein unsicheres Mittel, — nicht anders abwenden, als daß er, ohne vorherige Verständigung mit dem Eigenthümer, in den Fällen, da er ein verlorenes Faustpfand, oder eine in Besitz schon erhaltene Hypothek zurückfodern will, die hypothekarische Klage gar nicht anstellt, sondern ein possessorisches Rechtsmittel. Uebrigens kommt es in diesen Fällen allerdings darauf an, den erhaltenen Besitz durch Wachsamkeit zu hüten, und sich dadurch vor dem Nachtheil zu sichern, die hypothekarische Klage nicht durch jene Gefahr bedrohet zu sehen, und der Gläubiger leidet also nicht durch das Gesetz und dessen ungenügende Anordnungen, sondern durch eigene Schuld. — Gestaltete sich die Sache so, daß der Gläubiger die Streitwürderung fodern könnte, so kann die Summe zum Maaßstab genommen werden, welche der Pfandschuldner von ihm fodern darf, und dieser bei ermangelnder Verständigung im Rechtswege (durch Provocation) dazu veranlaßt werden, sich darüber auszulassen. Dadurch wird dann die Pfandhauptklage abgewendet, oder wenigstens unschädlich [1]).

III. Die hypothekarische Klage kann vermöge der accessorischen Natur des Pfandrechts nicht eher angestellt werden, als bis die Hauptfoderung, wofür das Pfand haften soll, fällig ist, denn das Pfand haftet ja überhaupt nur für den Fall der ausbleibenden Zahlung. Eine Ausnahme findet nur dann Statt, wenn es darauf ankommt, den verlorenen

---

1) Gegen das Obige spricht auch nicht etwa analog Fr. 32. *de Negotiis gest.* — Fidejussor — pignora vel hypothecas suscepit, — creditor ob id factum ad restituendum judicio, quod de pignore dato redditur, cum videatur jus suum vendidisse, non tenebitur. (PAP. 3. *resp.*) Denn die Susceptio ist als emtionis titulo geschehen zu verstehen, s. Fr. 2. und 5. §. 1. *de Distr. pign.* und man darf sich durch das *jus suum* vendere nicht zur Annahme einer Cession verleiten lassen, s. *Cujac.* Comm. ad h. l. T. IV. p. 919—22.

Pfandbesitz wieder zu erlangen (vgl. o. S. 54.), nicht [1]), wenn sich das Pfand in Gefahr befindet, dann können nur Sicherheitsmaaßregeln durch beantragte Cautionen, Inhibitionen, Sequestrationen u. s. w. ergriffen werden, denen der Richter nach Befinden der Umstände zu fügen hat; ein Anspruch auf den Pfandbesitz wird dadurch nicht begründet. — Von der hypothekarischen Klage in Anwendung auf bedingte und künftige Foderungen ist §. 11. gehandelt worden.

Wird die Foderung der Schuld vertagt, so wird es die hypothekarische Klage auch [2]).

Ob eine Mahnung an dem Schuldner für die hypothekarische Klage erfoderlich sei, und dieser sich in mora befinden müsse, wozu noch hin und wieder der Zusatz kommt, sie sei wenigstens dann nöthig, wenn nicht gleich von Anfang an ein Zahlungstermin bestimmt sei [3]), ist bezweifelt worden; allein diese Frage ist jedenfalls mit der von der Befugniß zum Verkauf gleich zu beurtheilen (S. 507.). Die Stelle [4]), worauf sich die bejahende Meinung bezieht, steht zu vereinzelt unter zahlreichen andern da, welche der Mahnung an den Schuldner nicht gedenken, und denen doch dies so nahe gelegen hätte; außerdem kann ein allgemeiner Grund dazu darum nicht daraus genommen werden, weil nur die gegenwärtigen Schuldner nach jener gemahnt werden sollen, und die Aushülfe, welche für die nothwendige Anzeige an den Schuldner, daß das Pfand verkauft werden solle, wenn er nicht zahle, hierin zu Gunsten jener läge, bei den abwe-

---

1) Wie *Mühlenbruch* l. l. §. 319. lehrt.

2) Fr. 5. §. 1. *Quibus modis pignus.* — Si paciscatur creditor, ne intra annum pecuniam petat, intelligitur de hypotheca quoque idem pactus esse. (MARC. *l. l.*)

3) S. Glück a. a. O. S. 328. und Gesterding S. 365. Daß sie erfoderlich sei, wenn dadurch die Fälligkeit der Schuld erst begründet wird, versteht sich freilich und ist im Begriff der Fälligkeit enthalten.

4) C. 10. *de Pignoribus.* — Debitores praesentes prius denuntiationibus conveniendi sunt. Igitur si conventi debito satis non fecerint, persequenti tibi pignora seu hypothecas, quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus Rector provinciae auctoritatis suae auxilium impertiri non dubitabit. *Cujac.* bezieht diese Stelle auf den Verkauf der Pfänder, womit freilich aller Streit wegfiele.

senden keinen Ersatz fände. Es dürfte daher, zumal endlich nichts Näheres darüber gesagt ist, unter welchen Umständen, in welchen Fristen u. s. w. die Mahnung geschehen soll, wohl die Ansicht der Glosse, daß in jener Constitution nur eine Höflichkeit (Urbanitas) enthalten sei, annehmlich erscheinen.

Als etwas Besonderes ist jedoch hier zu bemerken, daß die hypothekarische Klage wider die Erben des Pfandschuldners, so lange sie noch über den Erbantritt berathschlagen, binnen der ihnen dazu verstatteten Frist nicht angestellt werden darf [1]).

IV. Zweck der Klage ist die Einräumung des Besitzes am Pfande mit allem Zubehör auf den Grund des Pfandrechts und dessen An- und Zuerkennung [2]). Das Gesuch ist auch nicht nothwendig auf den Zubehör mitzurichten, sondern der Richter muß nach den Umständen, d. h. unter Berücksichtigung der Größe der Foderung in den Grenzen der zur Herausgabe für den Besitzer überhaupt vorwaltenden Verpflichtung darauf von Amtswegen Rücksicht nehmen. Darum wird die hypothekarische Klage zu den arbitrariis gezählt [3]). Doch ist dies auch daher erklärlich, daß der Richter zuerst ein Arbitrium, entweder das Pfand herauszugeben, oder zu zahlen, und dann die Condemnatio (wonach in litem geschworen werden konnte), ertheilte [4]).

Der Umstand, daß der dritte Besitzer die Klage durch das Angebot der Schuld abwenden kann, hat schon früh zu der Meinung veranlaßt, daß bei dieser Klage überhaupt

---

1) C. 22. §. 11. *de Jure deliberandi.*

2) Fr. 66. *de Eviction.* — Serviana actio etsi in rem est, nudam tamen possessionem avocat. Etc. — Fr. 12. pr. *Qui potiores.* — Creditor, qui prior hypothecam accepit, sive possideat eam, et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est, si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata, sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria actione, et ille excipiat: si non convenit, ut sibi res sit obligata, hic in modum supra relatum replicabit, sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget, et adjudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem. (MARC. *l. l.*)

3) Fr. 16. §. 4. *de Pignoribus.* (S. 462.)

4) *Donell.* p. 499.

alternativ gebeten werden dürfe [1]). Da diese Frage rein-praktischer Natur ist, so ist wohl zu unterscheiden, ob das Gesuch deren Natur zufolge alternativ einzurichten, oder ob ein solches von der richterlichen Billigkeit zuzulassen sei, ohne sich einer Abweisung, in Maaßen es angebracht, auszusetzen. Nachdem das erstere beinahe einstimmig schon längst verneint worden war, wenngleich die gemeinrechtliche Praxis zum Theil das Gegentheil angenommen hat, stimmten für die Verwerfung des letztern besonders die sächsischen Rechtsgelehrten, und mit vollem Rechte. Wider den Schuldner hingegen, welchem der dritte Besitzer gleichsteht, der beim Erwerb des Pfandes die darauf ruhende Schuld übernahm, ist die alternative Bitte darum zulässig, weil sie aus einer wider ihn erlaubten Klagenhäufung abzuleiten ist [2]). Dies widerlegt gerade die Eigenthümlichkeit des alternativen Gesuches, als der Natur der Klage selbst angehörig, am besten. Es giebt sogar Fälle, wo die Verbindung beider Klagen rechtlich unmöglich ist, z. B. wenn ein Schuldner mehrere Erben hinterlassen hat, wenn die Hauptfoderung nicht klagbar ist, und wenn der Verpfänder ein Dritter, aber nicht Bürge ist.

Nach dem Zeugniß der gemeinrechtlichen Praxis würde jedoch noch heutzutage ein alternatives Klagegesuch eben keine große Gefahr, abgewiesen zu werden, bestehen, sondern es scheint sogar Regel zu sein [3]).

Der **Beweis** in der hypothekarischen Klage hat manches Eigenthümliche. Vor allem ist ihr Grund [4]), die Entstehungsursache des Pfandrechts, wenn sie in Abrede gestellt wird, zu erweisen, ingleichen daß der Beklagte das Pfand besitze [5]). Wird dieser Umstand oder das Eigenthum des

---

1) Die Geschichte dieser Controverse s. bei **Glück** a. a. O. S. 335 ff.

2) **Justinian** in Nov. IV. 2. bestätigt dies in den Worten: In debitorem tamen principalem atque res apud ipsum existentes, sive personalibus, sive hypothecariis, sive ambabus actionibus statim uti voluerit, omnem licentiam ei damus.

3) **Glück** a. a. O. S. 343.

4) Fr. 23. *de Probation.* — Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecaeve sit; sed etsi hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore aut cujus voluntate hypotheca data sit. (MARC. *l. l.*)

5) Fr. 16. §. 3. *de Pignoribus.*

Verpfänders vom dritten Besitzer wider besseres Wissen geleugnet, so trifft ihn dafür die Strafe, daß er, sobald dies beides festgestellt worden, dem Kläger die Sache ohne weitern Beweis überlassen muß [1]), und dann erst sein behauptetes Recht weiter ausführen darf. Wird das Dasein der Foderung geleugnet, so muß auch sie bewiesen werden; das kann auch in die Einrede der Arglist oder des nicht gezahlt erhaltenen Geldes gekleidet werden [2]). Verlangt die Natur des Pfandrechts im Besondern noch den Beweis von Umständen, z. B. es ist bedingt bestellt, und der Eintritt der Bedingung behauptet und geleugnet worden, so sind auch diese nothwendiger Gegenstand des Beweises.

Der Beweis dieser Umstände genügt, wenn:

a. die Klage gegen den ursprünglichen Schuldner oder seine Nachfolger in der Schuld gerichtet ist. Sein eigenes Verhältniß zu der verpfändeten Sache ist, sobald der Gläubiger im guten Glauben war, durchaus gleichgültig [3]) (vergl. o. S. 96.) für die hypothekarische Klage wider ihn, so daß ihm z. B. der Einwand, er sei bei der Verpfändung nicht Eigenthümer gewesen, zu nichts hilft. Daß der Gläubiger vom Beweise des vom beklagten Verpfänder in Abrede gestellten Besitzes frei sei [4]), läßt sich nicht erweisen; nur dann mögte dies anzunehmen sein, wenn der Beklagte zugiebt, zur Zeit der Verpfändung im Besitz gewesen zu sein, weil ihm dann die Veränderung zu erweisen obliegen würde. Verfolgt der Gläubiger ein Faustpfand, so kann die Nothwendigkeit des Beweises für ihn vollends keinem Zweifel un-

---

1) Das erste nach Analogie von Fr. 80. *de R. V.* Nov. 18. Cap. 10. Auth. *Item possessor.* C. *Qui potiores.* — Item possessor pignoris, negans rem ejus, cujus actor eam esse asseverat, si probata ea intentione nitatur rem retinere, dicens ex hypotheca vel alia caussa in eandem personam delata se propinquiorem esse, quam qui movet caussam, prius transferat possessionem, quam jus suum proponat. — Nach dem heutigen Proceßgang und Beweisverfahren ist ein getrennter Beweis der Art nicht wohl mehr denkbar.

2) C. 3. *de Non num. pecunia.* — Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae, compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam; quo non impleto, absolutio sequetur. (*Sever.*)

3) Fr. 21. §. 1. *de Pignoribus.* Gesterding S. 381.

4) S. Westphal a. a. O. §. 270. Dagegen Gesterding S. 381.

terliegen, daß der Verpfänder es besitze, wenn dieser den Besitz leugnet.

b. Wird die Klage wider einen dritten Besitzer gerichtet, gleichviel wie er dazu gekommen sei, so wird außer dem Beweise der vorhergedachten Umstände noch der erfodert, daß der Verpfänder die Sache in bonis gehabt habe. Nach Möglichkeit der verschiedenen Fälle sind hier folgende Unterscheidungen zu machen. Besitzt nemlich

1. der Besitzer als Pfandgläubiger, so wird die Frage entscheidend, ob beide streitende Theile ihr Pfandrecht von demselben Verpfänder herleiten. Dann ist der Beweis, daß dieser zur Zeit der Verpfändung Eigenthümer gewesen sei, nicht nöthig, sobald der Kläger sich nur in gutem Glauben befunden hat, und die Entscheidung zwischen beiden hängt nur von den Grundsätzen des Vorzugsrechts ab [1]). Wäre der Beklagte in schlechtem Glauben gewesen, so fände für ihn gar keine Wirkung des Pfandrechts Statt. Hier werden also die Grundsätze der Publicianischen Klage analog auf das Pfandrecht angewendet [2]), und der Schutz des Prätors bei beiden Klagen steht parallel. — Leiten die Gläubiger hingegen ihr Recht von verschiedenen Verpfändern ab, so kommt es darauf an, ob der Kläger das Eigenthum des seinigen beweisen kann; vermag er dies nicht, so entscheidet der Besitz allein [3]). (Vgl. §. 66. II.)

2. Wenn der Besitzer aber kein Pfandrecht in Anspruch nimmt, mithin als Eigenthümer betrachtet sein will, so leitet er entweder sein Recht vom Pfandschuldner ab, oder nicht. Im ersten Fall braucht der Kläger nach allgemein angenommener Meinung [4]) nicht das strenge Eigenthum des Verpfänders zu beweisen, sondern nur daß er zur Zeit der Ver-

---

1) Fr. 12. pr. 14. *Qui potiores.*

2) Fr. 9. §. 4. *de Publ. in rem act.* — Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit. Et Julianus lib. 7. Dig. scripsit, ut si quidem ab eodem nondomino emerint potior sit, cui priori res tradita est; quodsi a diversis nondominis melior caussa sit possidentis, quam petentis; quae sententia vera est. — Dazu Fr. 18. *de Pignoribus.*

3) S. Glück XVIII. S. 386. nach Fr. 14. *d.*

4) Glück a. a. O. S. 388.

pfändung die Sache in bonis gehabt, d. h. rechtmäßig als die seinige besessen habe. Dieser Beweis ist natürlich dann unnöthig, wenn der Besitzer sein Recht vom Verpfänder erst nach der Verpfändung erhalten hat, und es braucht nur das Pfandrecht bewiesen zu werden [1]); desgleichen wenn derselbe, auch ohne daß über die Zeit etwas feststeht, sein Eigenthum vom Verpfänder ableitet. — Im zweiten Fall hingegen macht der strenge Beweis einer vollgültigen Verpfändung nothwendig, die Ueberlegenheit des Rechts des Verpfänders zur Zeit der Verpfändung, oder während der Dauer des Pfandrechts zu erweisen, welcher die Zustimmung oder das Stillschweigen des wirklichen Eigenthümers gleichsteht. Dieser Beweis betrifft jedoch nur dann das Eigenthum selbst, d. h. er muß so beschaffen sein, wie ihn die Rei vindicatio erfodert, wenn der Gegner ein solcher ist, gegen den der Verpfänder selbst nicht mit der Publicianischen Klage durchdringen könnte. Außerdem genügt der Beweis des Usucapionsbesitzes oder des prätorischen Eigenthums, d. h. die Erwerbung der fraglichen Sache unter rechtmäßigem Titel.

Zu bemerken ist noch, daß, wenn der Verpfänder gegen einen Dritten den Beweis seines Eigenthums verfehlt, dem Gläubiger dadurch kein Eintrag geschieht, sondern er den Beweis seines Pfandrechts ganz selbstständig, und also dabei den des Eigenthums oder Usucapionsbesitzes seines Verpfänders zur Zeit der Verpfändung führen darf; der Verpfänder kann in Folge dessen zwar den Besitz des Pfandes durch die Pfandhauptklage wiedererlangen, allein es macht sich natürlich gegen ihn die Res judicata seines Gegners geltend [2]). Dies ist darum nöthig, weil er sonst mit einem Dritten durchstechen und den Gläubiger um das Pfandrecht bringen könnte [3]). Ist jedoch dieses erst nach einem dem Ver-

1) Glück a. a. O. S. 355. Wening a. a. O. S. 436.

2) *Donell.* l. l. p. 554.

3) S. *Donell.* l. l. p. 553. Gerade umgekehrt verhält es sich, wenn der Eigenthümer wissentlich den Pfandgläubiger de proprietate pignoris hat prozessiren lassen, s. Fr. 63. *de Re judicata.* Die Vulgate liest zwar hier für debitor überall creditor, und debitor für creditor, so daß gerade der umgekehrte Sinn herauskommt; wir ziehen aber die Lesart der Flo-

pfänder nachtheiligen richterlichen Spruch bestellt worden, so hilft es dem Gläubiger selbst dann zu nichts, wenn dem Verpfänder dadurch Unrecht geschehen wäre [1]).

In wiefern der auf das Eigenthum oder das Recht des Verpfänders zum Verpfänden gerichtete Beweis beim allgemeinen Pfandrechte verschieden sei, ist oben S. 498. schon berührt worden.

Die Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe des Pfandes zieht bei deren Unterbleibung die Wegnahme durch gerichtliche Hülfe (manu militari) nach sich [2]). Bleibt diese erfolglos, (heutzutage also nach den vorhergehenden nothwendigen Androhungen des Hülfsverfahrens,) so muß der Beklagte den Werth der Sache vergüten, gleichviel ob er sich nur ihres Besitzes entledigt, oder sie vernichtet hat, oder noch (heimlich) besitzt und nur nicht herausgiebt. Der Kläger wird deshalb zum Würderungseide gelassen, wobei er nur sein Interesse als Maaßstab zu befolgen hat, wie das: in infinitum jurare ob dolum vel contumaciam non restituentis hier zu erklären sein wird [3]). Da nun die Streit-

---

rentine vor. Für jene scheint zwar der später in jener Stelle angeführte Grund zu sprechen: quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est, allein dieser geht auf den prior dominus in den nach dem Beispiel des Pfandgläubigers genannten Fällen vom Verkäufer und Käufer u. s. w. — (S. u. §. 66. II. u. §. 70. 8.)

1) Fr. 3. *de Pignoribus.* — Si superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quod suam non probaret, aeque servanda erit creditori actio Serviana probanti, res in bonis eo tempore, quo pignus contrahebatur, illius fuisse; sed etsi victus sit debitor vindicans hereditatem, judex actionis Servianae neglecta de hereditate dicta sententia pignoris caussam inspicere debebit. Atquin aliud in legatis et libertatibus dictum est, quum secundum eum, qui legitimam hereditatem vindicabat, sententia dicta est. Sed creditor non bene legatariis per omnia comparatur, quum legata quidem aliter valere non possunt, quam si testamentum ratum esse constaret; enimvero fieri potest, ut et pignus recte sit acceptum, nec tamen ab eo lis bene instituta. §. 1. Per injuriam victus apud judicium rem, quam petierat, postea pignori obligavit; non plus habere debitor potest, quam habet, qui pignus dedit; ergo summovebitur rei judicatae exceptione, tametsi maxime nullam propriam qui vicit, actionem exercere possit; non enim, quod ille non habuit, sed quid in ea re, quae pignori data est, debitor habuerit, considerandum est. (PAP. 20. *Qu.*) — *Donell.* p. 495.

2) Gesterding, S. 373.

3) Fr. 3. *Pro emtore.* — Litis aestimatis similis est emtioni.

würderung einem Verkaufe gleichgeachtet wird, — obgleich die Pfandrechte nachstehender Gläubiger nicht erlöschen, noch der Beklagte an die Stelle des abgefundenen Gläubigers tritt (S. 423.), so muß auch gerade wie beim Verkauf der etwanige Ueberschuß herausgegeben werden. Bei blos verschuldeter Unmöglichkeit, die Sache herauszugeben, wird die allgemeine Regel [1]), daß der Beklagte **nur** das Interesse zu vergüten habe, hier darum unanwendbar sein, insofern dadurch ein Unterschied gegen die sonst Statt findende Streitwürderung bezeichnet wird [2]), weil ein solcher Unterschied beim Pfande nicht zulässig ist; darum wird auch fälschlich dem Gläubiger gestattet, einen s. g. Affectionswerth zu bestimmen. Worin sollte eine Affection **für ihn** bestehen? Der Maaßstab, wonach der Gläubiger den Werth unter allen Umständen zu würdern hat, ist nemlich einzig und allein sein Interesse, und nie etwas Anderes. Dieses wird zwar in der Regel der Werth der Sache bestimmen, allein es kann allerdings die Affection des Verpfänders in das Interesse mitbegriffen werden, denn es ist die Rückverantwortlichkeit des Gläubigers gegen diesen in Betracht zu ziehen. Freilich wird dieser Fall selten vorkommen, und es werden besondere Umstände nöthig sein, ihn herbeizuführen. — Daß gegen den Schuldner selbst die Streitwürderung die Schuldsumme niemals übersteige, ist analog aus der Bestimmung über den Betrag, der in der Diebstahlsklage gegen ihn geltend gemacht werden kann, zu schließen (s. o. S. 235.); eine Ausnahme mögte selbst dann nicht anzunehmen sein, wenn der Gläubiger dem Schuldner ein Faustpfand zu besitzen verstattet, und an denselben chirographarische Foderungen hat; denn das qualificirte Innebehaltungsrecht übt er nur gelegentlich, und giebt er die Gelegenheit aus der Hand, so leidet er durch eigenes Versehen.

Einer besondern Beachtung bedürfen auch mehrere Einreden, welche dem Beklagten, zum Theil nur dem dritten Besitzer [3]), zustehen können; dahin gehören:

---

1) Fr. 68. *de R. V.* Fr. 2. §. 1. *de In litem jur.*

2) Wie bei **Gesterding** S. 375.

3) *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 319. **Glück** a. a. O. S. 356 ff.

A. die Einrede der Excussion, auch genannt Beneficium excussionis s. ordinis, d. h. das rechtlich begründete Verlangen des Beklagten, der Kläger solle zuvörderst auf andere Weise Befriedigung suchen, ehe er gerade die von dem Beklagten besessene Sache abfodere, und zwar entweder dadurch, daß er zuvor eine andere Sache, oder dadurch, daß er eine andere Person angreise; im ersten Fall ist die Exceptio excussionis realis, im zweiten personalis vorhanden.

1. Die Exceptio excussionis realis steht dem Verpfänder selbst wie dem dritten Besitzer einer zu einem allgemeinen Pfandrecht gehörigen Sache zu, wenn dem Gläubiger noch eine Sache besonders verpfändet ist; von ihr ist oben S. 495 ff. ausführlich gesprochen worden.

2. Die Exceptio excussionis personalis, zu Deutsch: der Vorausklage, steht nur dem Besitzer des Pfandes zu, welcher nicht zugleich der Schuldner ist, und begreift das Verlangen, daß erst der Hauptschuldner und seine Nachfolger in die persönliche Obligation, oder nach deren fruchtloser Ausklagung der Bürge oder dessen Nachfolger ausgeklagt werde, ehe das Pfand, und wenn es dazu schon gediehen, wenigstens erst das vom oder für den Schuldner und dann das vom Bürgen bestellte angegriffen werde. Diese Bestimmung rührt von Justinian [1]) selbst her, bis wohin der Gläubiger freie Wahl zwischen der persönlichen und dinglichen Klage hatte [2]). Da sie aber von verschiedenen Personen zu verstehen ist, so bleibt dem Gläubiger nach wie vor die freie Wahl dann [3]), wenn die persönliche und die hypothekarische Klage gegen dieselbe Person erhoben werden können, ohne daß auch der erstern die Einrede der Vorausklage entgegengestellt werden könnte; dazu gehört der Fall, daß der Bürge das Pfand besitzt und der Hauptschuldner bereits ausgeklagt ist [4]), und natürlich wider den Schuldner selbst.

---

1) *Nov.* IV. Cap. 2.

2) C. ult. *de O. et A.* C. 8. *Mandati.* Fr. 56. *Mandati.* C. 14. 24. *de Pignoribus.*

3) Glück a. a. O. S. 366.

4) Entgegengesetzten Falls steht dem Bürgen die Einrede auch zur Seite, wie wenn er selbst ein Pfand bestellt hat, Fr. 3. *de Administrat. rer. ad civitat.*

Der verpfändete Schuldner hat diese Einrede nicht allein nicht gerade aus dem gewöhnlich dafür angeführten Grunde [1]), weil er unabhängig von der Verpfändung verpflichtet ist, und dadurch nicht im geringsten in eine nachtheiligere Lage kommt, als wenn sein eigener Gläubiger ihn in Anspruch nähme, sondern weil er gar nicht mit der hypothekarischen Klage angegriffen werden kann; aus jenem Grunde kann er vielmehr der persönlichen Klage wider ihn eine Einrede der Excussion nicht entgegensetzen. Dasselbe ist auf das Afterpfandrecht anwendbar, soweit es der verpfändeten Foderung darin gleichsteht. Wird aber das Pfand angegriffen, so ist der Fall gleich dem, wenn der Gegenstand einer verpfändeten Foderung durch Solution zum wahren Pfande geworden, nach den allgemeinen Regeln der Excussion zu beurtheilen, und danach diese Einrede zulässig. (Vgl. o. S. **160**.)

Dagegen ist es gleichgültig, ob das Pfandrecht ein allgemeines oder ein besonderes sei, und der Streit nach Nov. CXII. Cap. 1., ob nicht dadurch dem dritten Besitzer eines Specialpfandes die Einrede wieder entzogen worden sei, ist zu verneinen [2]). Sie verordnet nur, die Einrede solle dann ohne Wirkung sein, wenn ein bereits im Proceß befangenes Pfand auf einen andern Besitzer übergegangen ist [3]). Außerdem fällt diese Einrede weg:

a. wenn der Gläubiger bereits im Besitz des Pfandes gewesen ist, und diesen nur wiedererlangen will; denn es kann ihm ja die persönliche Klage noch nicht zuständig sein [4]), oder er zu deren Erhebung des Besitzes des Pfandes darum benöthigt sein, weil er sonst der Pfandhauptklage ausgesetzt bleibt.

b. Wenn die Belangung des persönlich Verpflichteten schwierig ist [5]); dahin gehört jedoch nicht nur, daß sie an seinem ordentlichen Gerichtsstand nicht geschehen kann, son-

---

1) Mühlenbruch Cession S. 509. Fritz S. 542. vgl. *Huschke* de Nom. pign. p. 51—54.

2) Nach Westphal §. 278. (309.) und Glück S. 371 ff. Fritz S. 537.

3) Wening a. a. O. S. 438. Fritz dazu S. 537.

4) Glück a. a. O. S. 377 f.

5) Durum enim est creditorem alio mittere, *Nov.* 1.

dern [1]) daß sie an einem fremden Orte mit Nachtheilen und Schwierigkeiten verknüpft sei.

c. Wenn Abwesenheit oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die persönliche Klage verhindert und erfolglos macht [2]). Ausbruch des Concurses an sich steht dem nicht gleich, sondern es muß wenigstens der Zustand der Masse, — welcher zu erweisen ist, — das Leerausgehen klar ergeben [3]).

d. Wenn das persönliche Klagrecht erloschen ist. Dies muß darum als Ausnahme aufgestellt werden, weil die Gültigkeit des Pfandrechts für klaglose Verbindlichkeiten anerkannt wird, und dieses in der Klage besteht.

Andere Ausnahmen sind ungegründet [4]). Namentlich ist es gleichgültig, ob der Besitzer zur Zeit der Erwerbung des Pfandes Kenntniß von dem Pfandrecht gehabt, und ob er mit oder ohne rechtlichen Titel besitzt, — wie seine Erwerbungsart [5]).

Der Richter kann diese Einrede nicht von Amtswegen selbst erfüllen, sondern der Beklagte muß sich ausdrücklich darauf berufen [6]).

B. Die Frage, ob dadurch eine Einrede entstehe, daß die Hauptfoderung, wenn dem Schuldner die Rechtswohlthat der Competenz zu Theil wird [7]), für den Augenblick die Eigenschaft einer natürlichen annimmt (S. 50.), ist, da dieselbe eine reinpersönliche ist, für den dritten Besitzer zu verneinen; dem Schuldner selbst hilft sie aber zur Abwendung der hypothekarischen Klage, wenn er sich zur Zahlung dessen erbietet, quantum facere potest, allerdings; zurückfodern darf er aber ein Faustpfand deshalb nicht. — Doch kann der dritte Besitzer des Pfandes auf den Schuldrest nach Zahlung des Competenzbetrages nicht in Anspruch ge-

---

1) Glück a. a. O. (96.)
2) Wening S. 438.
3) Gesterding S. 388.
4) Vgl. Glück S. 379. Er erkennt zwar die letzte der obigen Ausnahmen auch nicht an, und nennt die vorletzte wenigstens nicht ausdrücklich; allein das erste ist Folge seiner falschen Ansicht von dem Pfandrecht für natürl. Obligationen nach Weber, s. o. S. 43 f.
5) Wening S. 438.
6) Gesterding S. 387.
7) S. Roßhirt in s. Zeitschrift Bd. 1. S. 146.

nommen werden. Hier haftet ja selbst der Bürge nur dann, wenn er ausdrücklich für diesen Fall bestimmt ist.

C. Der dritte Besitzer des Pfandes im guten Glauben und aus rechtmäßigem Titel [1]) hat das s. g. Beneficium cessionis, welches er durch die Exceptio doli seu cedendarum actionum geltend macht, d. h. er kann verlangen, der Gläubiger solle ihm gegen Zahlung der Schuld seine Klage wider den Hauptschuldner sammt dem Pfandrecht abtreten [2]) (s. o. S. 423.). Als Grund, warum der unrechtmäßige Besitzer davon ausgeschlossen ist, werden die strengen Maaßregeln anerkannt, welche man gegen alle Handlungen zur Anwendung brachte, wodurch dem Eigenthümer die Wiedererlangung des Seinigen erschwert werden konnte [3]). — Es ist kein Grund vorhanden, diese Regel auf gesetzliche und bevorzugte Pfandrechte nicht anzuwenden; namentlich muß dies auch von der Ehefrau gelten, von der häufig in Abrede gestellt wird, daß sie von dem, welcher sie befriedigt, zur Abtretung ihres Pfandrechts genöthigt werden könne. (S. §. 46. zu Anf.)

D. Die Einrede der Verjährung der hypothekarischen Klage, d. i. des Pfandrechts selbst [4]). Nicht die Ersitzung des Pfandes, oder die das Eigenthum erwerbende Verjährung (obwohl diese mit jener verbunden sein kann) durch einen Dritten ist hier gemeint, denn diese würde am Pfandrechte nichts ändern [5]), sondern die Rechtsausschließung der hypothekarischen Klage durch die ordentliche oder außerordentliche Verjährung. Die ordentliche (d. i. zehn- und zwanzigjährige) Verjährung kommt nur dem Besitzer im guten Glauben zu Statten, niemals dem Verpfänder oder dessen

---

1) *Mühlenbruch* l. l. §. 319. Cession S. 407.

2) Fr. 19. *Qui potiores*.

3) Mühlenbruch a. a. O. S. 408.

4) Quia nullum pignus est, cujus persecutio denegatur. Fr. 27. pr. *de Noxal. act.* Vgl. o. S. 12.

5) Fr. 44. §. 5. *de Usurpat.* — Non mutat usucapio superveniens pro emtore vel pro herede, quominus pignoris persecutio salva sit. Ut enim ususfructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris quae nulla societate dominii conjungitur sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur. (PAP. 23. *Qu.*) Vgl. Fr. 2. *pro Herede*. Unterholzner Verjährungslehre Theil II. S. 280. (706.)

Universalnachfolgern, und zwar jenem auch nur dann, wenn er oder sein Vorgänger bei Erwerbung der Sache deren Eigenschaft als Pfand nicht kannte [1]); dann schließt sie aber auch die pfandrechtlichen Ansprüche ohne allen Zweifel und ganz und gar aus [2]). Nach kirchenrechtlichen Grundsätzen über den guten Glauben muß der (oder die) Besitzer auch fortdauernd in der Unbekanntschaft mit dem Pfandverhältniß geblieben sein. Daß die übrigen allgemeinen Grundsätze, über Zusammenrechnung der Besitzzeit Mehrerer, Unterbrechung, über die Begünstigungen zum Besten folgender Gläubiger: der Minderjährigen, der Kinder, welche in väterlicher Gewalt stehen, und der Kirchen und milden Stiftungen in Betreff der Grundstücke, ferner die in der Beschaffenheit des Gegenstandes liegenden Ausschließungsgründe der ordentlichen Verjährung (z. B. bei gestohlenen Sachen) [3]) volle Anwendung auch hier leiden, versteht sich von selbst. — Von dieser Verjährung ist die außerordentliche, d. h. die dreißig- und vierzigjährige zu unterscheiden, welche letztere nur für den Verpfänder und seine Universalnachfolger, sowie für die Fälle, wo die dreißigjährige Verjährung ausgeschlossen ist, begründet ist. Die vorher gedachten Stellen für die Grundsätze der ordentlichen Verjährung, welche das Pfandrecht aufhebt, haben in Verbindung mit denen in C. 7. pr. und 3. *de Praescriptione* 30 *vel* 40 *ann.* theils Theorieen veranlaßt, denen wir nicht beitreten zu dürfen glauben, theils

---

1) Tit. Cod. *Si advers. cred. pr. opp.* C. 1. — Diuturnum silentium longi temporis praescriptione corroboratum, creditoribus pignus persequentibus, inefficacem actionem constituit, praeterquam si debitores, vel qui in eorum jura successerunt, obligatae rei possessioni incumbant. Ubi autem creditori a possessore longi temporis praescriptio objicitur, personalis actio adversus debitorem salva ei competit. (*Gordian.*) C. 2. — Si debitori heres non exstitisti, sed justa viginti annorum possessione collata in te donatio corroborata est, neque personali actione, quia debitori non successisti, conveniri te juris ratio permittit, neque data pignori praedia post intervallum longi temporis tibi auferenda sunt, quando etiam praesentibus creditoribus decem annorum praescriptionem opponi posse tam rescriptis nostris, quam priorum principum statutis probatum sit. (*Diocl.*)

2) Fr. 5. §. 1. u. Fr. 12. *de Divers. et temp. praescr.* C. 7. 14. *de O. et A.* C. 19. *de Eviction.*

3) S. Unterholzner a. a. O. S. 282.

ungenügende Darstellungen selbst von Seiten Derer, die im Grunde der richtigen Ansicht sind. Theils nemlich unterscheidet man[1]) eine Erwerbung des Eigenthums, mit welcher die der Freiheit vom Pfandrecht verbunden sei, von der Verjährung der hypothekarischen Klage, indem man dann auf die letztere die Stellen von der außerordentlichen Verjährung, auf die erstere die von der ordentlichen bezieht, meist jedoch ohne nähere Vereinigung beider und ohne eine Bestimmung ihres Verhältnisses zu einander; theils ist man[2]) geneigt gewesen, zwischen den jüngeren Stellen des Codex und den älteren einen Widerspruch anzunehmen; weil sie aber als geltendes Recht vorgetragen seien, müsse man beides als neben einander bestehend betrachten, so daß die ordentliche Verjährung Befreiung vom Pfandrecht gewähre, die außerordentliche aber die Klage zerstöre; nur dürfe man nicht sagen, daß die ordentliche Verjährung die letztere erlöschen mache, das geschehe nur durch die außerordentliche, und diese liege in jener. Was man sich aber dabei denken solle, daß der Besitzer des Pfandes die Freiheit vom Pfandrecht für sich durch Verjährung erworben habe, dennoch aber gegen die hypothekarische Klage nicht geschützt sein solle, wie ferner die hypothekarische Klage ohne Pfandrecht bestehen, wie die ordentliche Verjährung die außerordentliche in sich schließen könne, und warum, wenn dies möglich wäre, doch die Wirkung der letztern, Erlöschen der Klage, ausbleiben solle? das sind und bleiben dabei Räthsel, deren Vorhandensein dem Scharfsinn ihres Urhebers verborgen geblieben ist.

Da man dem ganzen Titel *Si adversus creditorem etc.* und den übrigen S. 572. Anm. 2. genannten Stellen doch keine bloße historische Bedeutung beilegen kann, so scheint die folgende Darstellung am angemessensten[3]). Die über die Verjährung der hypothekarischen Klage in C. 3. u. 7. *d.* enthaltenen Grundsätze sind als allgemeine zu betrachten,

---

1) *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 316. 319. Wening a. a. O. S. 443. 437. (Dazu Fritz S. 548.) Valett §. 384. 373.

2) Gesterding S. 400 ff.

3) Vergl. Thibaut, von der Verjährung §. 54. Glück XIX. 443 ff. u. Unterholzner a. a. O.

d. h. solche, neben denen die besondern Regeln über sie in dem vorher gedachten Titel und Stellen fortbestehen müssen, weil sie durch jene nicht berührt werden. Das bestätigt Justinian[1]) selbst durch das Anerkenntniß der Einrede der ordentlichen Verjährung wider den Hypothekgläubiger. Wenn also vor dem Theodosianischen Gesetz (C. 3.) die hypothekarische Klage durch die Verjährung nur dann aufgehoben wurde, wenn sich der Verjährende, und beziehungsweise durch seine Vorgänger, im redlichen Besitz befand und zugleich pfandfreies Eigenthum erworben hatte, regelmäßig, d. h. im Allgemeinen, also gar nicht, und durch jenes die dreißigjährige Verjährung aller Klagen allgemein eingeführt ward, so stellt sich diese nun der ordentlichen bei vorherrschendem redlichen Besitz Statt findenden gegenüber so, daß die hypothekarische Klage im Allgemeinen verjährbar ward, nicht blos in jenem besondern Fall. Man darf aber dabei nicht gerade die Erwerbung des Eigenthums durch Verjährung schlechthin dem Erlöschen des Pfandrechts gegenüberstellen; denn, wie Anfangs gedacht, geht durch jene an sich das letztere gar nicht verloren; noch sie mit der Befreiung vom Pfandrecht, oder diese mit ihr allemal zusammenstellen, sondern die dingliche Pfandklage, d. i. das Pfandrecht selbst, muß durch die ordentliche Verjährung gegen den Gläubiger, wie S. 572. gesagt worden, ausgeschlossen werden, wozu dann alle sonstigen Erfodernisse derselben gehören, so daß also eine wirkliche Erwerbung der Freiheit vom Pfandrecht — wegen seiner dinglichen Eigenschaft hierin allerdings den Dienstbarkeiten ähnlich — Statt hat[2]). Denn man nehme den Fall, daß der Eigenthümer beim Uebertrag des Pfandes auf den neuen Erwerber, welcher das darauf ruhende Pfandrecht gar nicht kannte,

1) C. 8. pr. *de Praescript.* 30 *vel* 40 *ann.* und C. 12. pr. *de Praescript. longi temporis.*

2) Es mögte also, zumal kein einziges Gegenbeweismittel vorhanden ist, in der That sehr viel für sich haben, eine usucapio libertatis a pignore als rechtlich möglich anzuerkennen, nur verwechsele man hiermit nicht, daß die Usucapion einer Sache an sich das Pfandrecht nicht zerstört, sondern wider dieses würde haben gerichtet sein müssen.

ihm das Eigenthum so vollständig gewährte, daß von Ersitzung oder erwerbender Verjährung desselben gar keine Rede sein konnte (z. B. ein von ihm erst ganz neu erbauetes Haus); hier wird ohne Zweifel dennoch die ordentliche Verjährung wider das Pfandrecht sowohl möglich als nothwendig sein, wenn der neue Eigenthümer gegen dasselbe geschützt sein soll. Daß unter Umständen die Erwerbung des Eigenthums zu gleicher Zeit damit verbunden sein könne, ist sehr wohl möglich, thut aber dem Vorherigen keinen Abbruch, sondern steht in so wenig wesentlicher Beziehung, daß der Zeitlauf ein verschiedener sein kann. (Davon nachher.) Die Theodosianische Constitution hatte also keine andere Absicht, als die neuen Grundsätze von der Klagenverjährung überhaupt auch auf die hypothekarische Klage in den Fällen auszudehnen, für welche sie bisher unanwendbar gewesen war; d. h. während sie bisher schon (im Gegensatz zu andern bis dahin ewigdauernden Klagen) dann verloren ging, wenn Jemand die Freiheit vom Pfandrecht durch Verjährung erwarb, sollte sie nun außerdem durch bloßen Zeitablauf erlöschen. Allein sie wollte die bisherigen schon geltenden Regeln keineswegs dadurch aufheben, sondern sagt am Schlusse ausdrücklich: Hae autem actiones annis triginta continuis exstinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae quae antiquis temporibus limitabantur.

Daß der hypothekarischen Klage allein ausdrückliche Erwähnung geschieht: eodem etiam jure in ejus persona valente, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio per longum tempus[1]) possidente niti-

---

1) Aus diesen drei Worten kann nicht etwa geschlossen werden, daß die l. t. praescriptio abgeschafft und dafür beim Pfandrecht die 30jährige Verjährung an deren Stelle getreten sei, denn sie sind ein Tribonianismus, wie sich jeder aus dem Text der Constitution im Theodosianischen Codex IV. 14. un. überzeugen kann, und zwar ein ganz sinnloser. Ohnedies spricht dagegen, daß die 30jährige Verjährung zufolge der Constitution als etwas dem Klagberechtigten Nachtheiliges erscheint — praescriptio erit metuenda, und obiger Satz mit etiam als dem entsprechend verbunden ist, wogegen er doch in jenem Sinne dem Gläubiger vortheilhaft sein müßte, wenn er allgemein eine längere Verjährungsfrist anordnete und die kürzere aufhöbe. Sodann könnte auch nicht noch Justinian von l. t. prae-

tur vindicare, hat offenbar nur in der hier angeordneten Ausnahme seinen Grund [1]). Auch diese endlich wurde von Justinian [2]) aufgehoben, und dafür die vierzigjährige Verjährung eingeführt.

Man gewinnt hiernach für die verschiedenen Verjährungsarten, welche nach römischem Rechte gegen das Pfandrecht wirken können, folgende Uebersicht:

1. Die ordentliche Verjährung, d. h. die zehn- und zwanzigjährige [3]), erwirbt für den mit rechtmäßigem Titel und gutem Glauben versehenen dritten Besitzer des Pfandes, wie schon gedacht, Befreiung vom Pfandverbande, und schließt so die hypothekarische Klage mit dieser Freiheit aus. Dem Verpfänder und seinen Erben wird sie ausdrücklich abgesprochen, es müßte denn letzterer als dritter Besitzer gleich diesem besitzen [4]). Wann eher die Verjährung zu laufen anfange, darüber ist man nicht einig. Manche wollen die Zeit der Begründung des Pfandrechts als Anfangspunkt bestimmen. Allein das ginge schon darum [5]) nicht an, weil ja der dritte

---

scriptio beim Pfande schlechthin reden, wenn sie, wie gedacht, aufgehoben wäre.

1) Hierin findet Büchel S. 146 f. noch einen neuen Grund für die Verschiedenheit des Pfandrechts von den übrigen s. g. dinglichen Rechten; die hypothekarische Klage habe durch ihre Unverjährbarkeit wider den Verpfänder erst gegen die anderen dinglichen Klagen in Bezug auf die Verjährung eine Gleichstellung erhalten, da mit deren Verjährung das Recht selbst nicht erlösche. Allein daß etwas Wesentliches darauf nicht zu geben sei, beweist Justinians Aenderung, man müßte ihm denn ein gänzliches Verkennen desselben zutrauen.

2) C. 7. pr. sq. *d.*

3) C. 3. in med. *de Quadriennii praescr.* setzt der hypothekarischen Klage gegen das kaiserliche Haus, bei von ihm ausgegangenen Veräußerungen von Pfändern, während es die in rem actio gegen diese ganz untersagt, eine nur vierjährige Frist. Es wäre jedoch sehr die Frage, ob diese Vorschrift noch praktisches Recht enthält, und mögte z. B. mit der von der Anwendbarkeit des R. R. auf heutige städtische Verhältnisse wohl ganz auf einer Linie stehen.

4) Fr. 5. §. 1. *de Divers. et temp. praescript.*

5) Freilich nicht aus dem Grunde, welchen Unterholzner a. a. O. S. 283. hat, weil, wenn der Vorgänger des redlichen Erwerbers einer Sache, dessen Verjährung mit dem Erwerb beginne, ein allgemeines Pfandrecht nach der Veräußerung jener Sache bestelle, diese in des neuen Besitzers Händen mit davon ergriffen werde; — das ist nicht wahr, denn nach der Veräußerung ist die Sache nicht mehr in bonis des vorigen Eigenthümers, und mithin kann sie vom allgemeinen Pfandrecht nicht ergriffen werden.

redliche Erwerber die beim Verpfänder verstrichene Zeit sich zu-, und in die ordentliche Verjährungsfrist hineinrechnen würde. Da das Pfandrecht offenbar bei einem Vorgänger entstanden ist, so muß die Verjährung auch mit der longa possessio des redlichen Besitzers selbst anheben, und wird bei deren Fortsetzung, auch durch Zusammenrechnung der Besitzzeit Mehrerer, mit dem Ablauf der Zeit beendet. Sollte die Zusammenrechnung seiner Besitzzeit mit der seiner Vorgänger den erfoderlichen Zeitraum nicht ausmachen, so kann er sich nach Zahl **2.** auf die vierzigjährige Verjährung berufen.

2. Die dreißigjährige Verjährung steht jedem dritten Besitzer zur Seite, auch dem, der es nicht im guten Glauben ist und keinen Titel für sich hat, sowie sie auch dann von Wirkung ist, wenn der Gegenstand der ordentlichen Verjährung nicht unterworfen sein sollte. Zuweilen langt eine dreißigjährige Verjährung noch nicht aus, z. B. wenn es sich um Ansprüche der Kirchen handelt [1]), dann ist eine vierzigjährige erfoderlich. Diese steht selbst dem Schuldner und seinen Erben zu, desgleichen dem nachstehenden Gläubiger wider den bessern, und letzterm gegen jenen, wenn er vom Angebotsrecht gegen ihn Gebrauch machen will [2]). Für die letzteren beiden Personen ist jedoch die vierzigjährige Frist nur dann nöthig, wenn die Sache bei Lebzeiten des Schuldners zur Sprache kommt; nach seinem Tode genügt die dreißigjährige; doch kann die vierzigjährige dann angewendet werden, wenn aus der Besitzzeit bei Lebzeiten des Schuldners etwas zugerechnet werden soll.

Auch bei dieser Verjährung der hypothekarischen Klage kommen die gewöhnlichen Grundsätze vom Lauf und der Unterbrechung derselben (S. **572.**) zur Anwendung. Alles, was den Lauf der Verjährung wider die Schuldfoderung unterbricht, dient jedoch natürlich auch zur Unterbrechung jener Verjährung, z. B. Ausstellung einer neuen Schuldurkunde [3]).

---

1) Unterholzner a. a. O. S. 284.

2) C. 7. *d.* und C. 1. §. 1. *de* 40 *ann.* *Annali except. italici contract.*

3) C. 7. §. 5. *de Praescr.* 30 *v.*

Der Lauf dieser Verjährung muß von da anheben, wo die persönliche Klage zuständig, d. i. die Schuld fällig ist [1]); durch deren Erhebung wird er aber unterbrochen, weil sie nothwendige Vorbereitung dazu ist [2]), und kann erst wieder von da neubeginnen, wo die letzte Handlung in dem Verfahren über die persönliche Foderung von Seiten des Gläubigers geschah. — Ein pactum de non petendo wegen der letztern muß die hypothekarische Klage allerdings auch berühren [3]).

Wir stoßen hierbei auf eine Frage, welche nach unserm Erachten bisher stets falsch beantwortet worden ist: wie nemlich verhält sich die dreißigjährige Verjährung der persönlichen Klage wider den Schuldner zur vierzigjährigen der hypothekarischen? — Diejenigen, welche durch die Verjährung der erstern nur diese und nicht das ihr zum Grunde liegende Recht auch für aufgehoben betrachten [4]), helfen sich hier leicht, indem sie nach der Verjährung das Uebrigbleiben der natürlichen Obligation annehmen, und dafür das Pfandrecht fortdauern lassen; sie berufen sich dazu ganz irrig auch wohl auf C. 2. *de Luitione pignoris* (s. o. S. 51.). Ja, sie nehmen sogar für ihre Theorie einen Beweisgrund daher [5]), daß bei jener Anordnung für die Verjährung beider Klagen ein Pfandrecht ohne Foderung bestehen würde, wenn man nicht blos die persönliche Klage, sondern das Recht selbst für aufgehoben erkläre. — Allein, womit will man denn beweisen, daß durch die Verjährung der persönlichen Klage die hypothekarische nicht auch verjährt und erloschen sei? Mit der Anordnung etwa, daß letztere erst in vierzig Jahren wider den Schuldner erlöschen solle? Welcher Zusammenhang auf

---

1) Hätte man früher C. 7. §. 4. *eod.* beachtet, so hätte über den Anfangspunkt kein Streit entstehen können.

2) Unterholzner a. a. O. S. 287. nach Nov. IV. Cap. 2.

3) Mühlenbruch Cession S. 432.

4) Vgl. über diese Streitfrage Unterholzner a. a. O. S. 309., welcher der beschränkenden Meinung ist; dagegen meine Abhandlung in Zu-Rheins Jahrbüchern des Prozesses I. S. 249 ff. Büchel über die Klagenverjährung 1832, wonach unsers Bedünkens die Frage als dahin entschieden zu betrachten ist, daß das persönliche Recht selbst und nicht nur die Klage verjährt, s. o. S. 50. (5.)

5) Unterholzner S. 310 f.

der einen und zugleich welches Verkennen des wahren Zusammenhangs auf der andern Seite? Kann denn nicht die persönliche Klage auf andere Weise verloren gehen, als durch Verjährung? und so, daß unbestritten und wirklich die natürliche Obligation fortbesteht? Dann, aber auch nur dann, besteht die hypothekarische Klage fort (s. o. S. **46** ff.). Sobald aber die persönliche Klage sonst mit dem Recht selbst verloren geht, also namentlich durch die Verjährung, ist zugleich die hypothekarische Klage erloschen, ohne daß es noch auf deren Verjährung ankäme. Man macht also einen ganz falschen Gebrauch und eine irrige Zusammenstellung, wenn man sich durch die beiden verschiedenen Sätze, daß die hypothekarische Klage in vierzig Jahren wider den Schuldner verjähre, und die persönliche in dreißig, zu dem Schluß verleiten läßt, darum dauere jene allemal noch fort, wenn auch die zu ihr früher gehörige letztere schon verjährt sei. Ist letztere dies, so erlischt das Pfandrecht von selbst.

Fragen wir nach der heutigen Anwendbarkeit [1]) der Einrede der Verjährung, auf welche das canonische Recht einen sehr wesentlichen Einfluß gehabt hat, bei der hypothekarischen Klage überhaupt, so findet sich, daß sie von sehr geringer Ausdehnung ist, da der Besitz im guten Glauben die ganze Dauer der Zeit über fortgesetzt sein muß, ein solcher Fall aber zu den Seltenheiten gehören dürfte [2]). Am ersten wird noch die ordentliche Verjährung vorkommen (s. S. **572**.). Der Schuldner selbst und seine Erben können sich gar nicht mehr auf die Verjährung berufen.

Die Einrede der Verjährung steht wider alle Die zu, welche vom Gläubiger wider den Besitzer des Pfandes ein Recht ableiten, z. B. den Käufer [3]).

Die Verhältnisse und Grundsätze für die Verjährung beim Pfandrecht bleiben dieselben, wenn der Gläubiger, der hier als Kläger, und der Besitzer, welcher als Beklagter

---

1) S. *Biener* Interpr. II. 35. p. 414. Richter Auff. V. S. 14. XV. S. 52.

2) Vgl. Unterholzner am a. O. S. 287. Büchel Natur des Pfandrechts S. 151.

3) Fr. 12. *de Divers. et temporal. praescr.*

gedacht ist, insofern die Rollen wechseln, daß letzterer als Vindicant gegen jenen auftritt.

E. Der dritte Besitzer im guten Glauben kann in zwei Fällen dem Pfandgläubiger gegenüber, d. h. außer denen, in welchen dieser es aus der Person des Verpfänders her gegen sich gelten lassen muß (s. o. S. 24.), ein Innebehaltungsrecht geltend machen; erstens, wegen der Kosten für den Wiederaufbau eines ganz vernichteten Hauses [1]), und zweitens dafür, was er, wegen drohenden Schadens in Besitz gesetzt, auf die Ausbesserung des Gebäudes verwendet hat [2]). Dasselbe muß von dem zur Innebehaltung berechtigten Pfandgläubiger gelten, dem ein stärkerer, bevorzugter, das Pfand abfodert [3]).

§. 60.

b. Von den possessorischen Klagen.

I. Der sich im Besitz befindende Pfandgläuber hat zum Schutz gegen dessen Störung, wie wenn er daraus verdrängt ist, zu dessen Wiedererlangung, die dem Besitzer überhaupt zustehenden Interdicte, und zwar wider Jedermann, auch den Verpfänder selbst (s. o. S. 232.). Da die Inderdicte dem Pfandrecht nicht allein angehören, sondern nur auf das Pfand zur Anwendung kommen, so konnten sie hier nur erwähnt werden; im Uebrigen muß auf die allgemeinen Grundsätze von ihnen verwiesen werden.

II. Desto ausführlichere Beachtung verdient das dem Pfandgläubiger allein eigenthümliche Interdict zur Erlangung eines noch nicht gehabten Besitzes, das Salvianische. Die [4]) darüber in unsern Quellen befindlichen Stellen haben

---

1) Fr. 29. §. 2. *de Pignoribus*.

2) So ist die in der vorigen Anmerkung enthaltene Stelle u. Fr. 44. §. 1. de Damno infecto zu verstehen, so daß sich mithin die Innebehaltung nur auf zwei Ausnahmen beschränkt, vgl. *Cujac.* ad Pauli l. l. Opp. T. VI. p. 537. und ad Afric. Tract. V. T. I. p. 1160. vgl. auch Wächter im Archiv Bd. XIV. S. 371. (29.)

3) Hiernach modificirt sich dann das, was von einem Innebehaltungsrecht der Art oben S. 246 f. gesagt ist.

4) *Gaj.* IV. 147. Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, apiscendae possessionis

nemlich zu zwei Streitfragen Veranlassung gegeben, welche das ganze eigentliche Wesen dieses Interdicts betreffen, und bis auf die neueste Zeit [1]) Meinungsverschiedenheit darüber erhalten haben, nemlich erstens: ob dasselbe jedem Pfandgläubiger zu gestatten sei, oder nur dem Verpachter eines Grundstücks, und zweitens: ob es nur gegen den Verpfänder zuständig sei, oder auch gegen Dritte? — Die Partei, welche die erste Frage in ihrer vordern Hälfte bejahet, und in der letzten verneint [2]), stützt sich zunächst auf eine Analogie von der Servianischen Klage; „beide sind prätorischen Ursprungs, das Interdict wohl mit Gewißheit älter; daß die Servianische Klage durch den ihr, wo es gut schien, beigelegten Character einer utilis, eine Ausdehnung erhielt, scheint einen Rückschluß und Einfluß auf das Interdict zu rechtfertigen, und zwar nur für den Kläger, nicht auch für

---

caussa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. J. §. 4. *de Interdictis.* (wörtlich gleichlautend) *Theoph.* Paraphr. ib. Tit. *de Salviano Int.* Fr. 1. (JUL. 49. *Dig.*) Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine induxerit, et eam vendiderit, quod apud emtorem ex ea natum est, ejus apprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet. §. 1. Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine induxerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur; inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit. At si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos, et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli apprehendent. §. 2. Idem servari conveniet, et si colonus rem, quam cum alio communem habebat, pignoris nomine induxerit, sc. ut pro parte dimidia pignoris persecutio daretur. Fr. 2. (ULP. 70. *ad Ed.*) In Salviano interdicto, si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecta, possessor vincet, et erit iis descendendum ad Servianum judicium. — C. 1. *de Precario.* — Si te non remittente pignus, debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venumdedit, integrum tibi jus est, ea persequi, non Interdicto Salviano (id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit), sed Serviana actione, vel quae ad exemplum ejus instituitur utilis adversus emtorem exercenda est. (238.)

1) Um die übrigen frühern Ansichten kennen zu lernen, braucht man nur auf Thibaut im Archiv Bd. XI. S. 123 ff., Zimmern Zeitschrift Bd. I. S. 54 ff. (Nr. V.) und Archiv Bd. XI. S. 345 ff., Huschke Studien des Röm. R. S. 337 ff. zu verweisen; s. noch Fritz zu Wening S. 538 ff. Hepp in der Halleschen Lit. Zeit. 1832. S. 533 ff.

2) Thibaut, dem Savigny beistimmt.

den Beklagten darum, weil, wenn auch die Interdicte der Formel nach unbeschränkt lauten [1]), sie dennoch ein obligatorisches besonderes Verhältniß voraussetzen. Wie also die Vernunft für die Bejahung ist, so sei aus den Quellen wenigstens nichts dagegen, die einzige Constitution des Codex, welche den übrigen derogire, wegen der Worte conductorem debitoremve sogar dafür."

Die verneinende [2]) Ansicht hingegen erkennt alle Stellen des Corpus Juris auch außer der ebengenannten als noch gültiges Recht an, und stützt sich darauf, daß in allen nur vom Verpachter die Rede ist, nirgends ein quasi-Salvianum vorkomme, und auch nirgends gesagt sei, daß nur der Verpfänder belangt werden dürfe. Die Worte aus der gedachten Constitution müssen nach ihr anders gedeutet werden, nemlich blos: „Schuldner aus einem Pachtverhältniß" bezeichnend [3]).

Die bejahende Meinung stellt dagegen der letztern Hälfte der vorigen über die Zulässigkeit des Interdicts gegen Jedermann entgegen, daß die übrigen Stellen durch die jüngste aufgehoben seien [4]), und diese dasselbe auch nur gegen den Schuldner zulasse, er möge dies aus einem Pacht, oder woraus es sonst sei, sein. — Nach der ersten Theorie ist das Salvianische Interdict in Folge ausdehnender Erklärung: ein possessorisches Rechtsmittel für jeden Pfandgläubiger gegen seinen Schuldner als Verpfänder; nach der zweiten ein solches des Verpachters als Pfandgläubigers wider Jedermann.

Wir erklären uns für die letztere, und erkennen diese gegen die erste, ihr in folgenden Gründen durchaus beistim-

---

1) Fr. 1. §. 3. *de Interdictis.* — Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.

2) Zimmern-Huschke'sche.

3) Huschke macht hierzu die Beschränkung, daß das Interdict nur dann gegen einen dritten Besitzer zulässig sei, wenn dieser ein Nachfolger des Pachters ist, welche aber keinen Beifall gefunden hat; s. Fritz a. a. O.

4) Thibaut geräth aber hierbei mit dem von ihm selbst gelehrten (civilist. Abhandl. Nr. VI.) Verhältniß der Theile des C. J. in Betreff des Derogirens zu einander in offenen Widerstreit, da ja (nach S. 71.) die Institutionen-Stelle §. 4. *d.* dem Gordianschen Gesetz derogiren müßte?

mend, für die richtige an. Die Quellen bestätigen bis auf das oftgedachte Rescript Gordians, (oder richtiger, welches für widersprechend gehalten wird, und um dessen Erklärung es sich handelt,) ohne Ausnahme den Satz, das Salvianische Interdict könne wider jeden dritten Besitzer gerichtet werden. Dabei wird stets der Verpachter als Gläubiger gedacht, oder wenigstens nie mit Bestimmtheit eine Ausdehnung auf andere Gläubiger erwähnt. Keine Analogie rechtfertigt die Annahme eines Widerspruchs in der Gordianschen Constitution, ohnedies ein gefährliches Hülfsmittel; wichtig ist hier besonders das Zeugniß des Theophilus, welcher in seiner Paraphrase durchaus im Sinne der Institutionen spricht, wenn schon er keine gesetzliche Autorität hat, da eine solche nicht widerlegt, sondern erklärt werden soll. Die allgemeinen aus einer angeblichen Natur der Sache hergeleiteten Gründe für die erste Theorie werden durch gleich starke im entgegengesetzten Sinn aufgewogen. Zuerst nemlich würde es unerklärbar sein, warum Julians demnach falsche Ansicht überhaupt Aufnahme in den Pandekten gefunden hätte; dies wäre wohl ohne Beispeil in der Zusammenstellung der Quellen. Ferner, welcher vernünftige Grund sollte die Ausdehnung des Interdicts auch auf jeden dritten Besitzer alsdann verhindert haben? Der Grund, daß alle Interdicte immer besondere Obligationsverhältnisse voraussetzen, ist gar nicht ausgemacht wahr [1]), und für die adipiscendae possessionis wenigstens bestimmt nicht nachzuweisen. Der Zweck des Interdicts würde sogar durch eine solche Beschränkung vereitelt, wenigstens jedenfalls beeinträchtigt werden, denn der Schuldner brauchte ja dann nur das Pfand zu veräußern? Dem Julian kann also gewiß mit eben so wenig Recht zugemuthet werden, daß er die Natur des Interdicts gänzlich verkannt habe, als unnatürlich gefunden werden, es gegen Dritte zu verstatten, wenn es natürlich sein soll, es gleich der Servianischen Klage jedem Pfandgläubiger zu geben. Mit allgemeinen Vernunftgrün-

1) S. meine Abhandlung über Besitz, §. 12. a. a. O. S. 259 ff.

den ist also ebensowenig auszurichten, wie mit der Behauptung einer Derogation. Spricht mithin kein einziges Zeugniß bis zu Gordians Constitution für die erste Theorie, und muß sich dieselbe sogar über alle andere hinwegsetzen, um die letztere nach ihrer Erklärung aufrecht zu erhalten, so wird man keinen Grund haben, eine Beschränkung anzunehmen, die noch dazu im Pfandrecht, welches fortwährend nach practischer Ausdehnung gestrebt hat, das einzige Beispiel sein würde. — Nun läßt sich aber sogar die Constitution mit den übrigen Quellenzeugnissen sehr gut in Einklang setzen. Denn sobald man annimmt, — was man doch darf, — daß die Römer den von den neueren Juristen gegen Gordians Rescript erhobenen Zweifel nicht gekannt und nicht daran gedacht haben, ist auch Gordians Antwort gar nicht dazu geeignet, einen solchen zu entscheiden, weil es ja die einzige Stelle wäre, in der er überhaupt angedeutet sein würde; und diese Andeutung selbst muß schwinden, weil des Kaisers Worte sich alsdann in dieser Art gar nicht deuten lassen. Der Vorwurf der Nachlässigkeit ist also auch dann nur möglich, wenn man mit dem Vorurtheil des Zweifels befangen daran geht. — Den Grund zu dem gedachten Zweifel hat man nun in den mehrerwähnten Worten in Parenthese: id enim tantummodo adversus conductorem *debitoremve* competit gefunden; ve sei disjunctiv gebraucht und beweise also, daß andere Pfandgläubiger, als der Verpachter, sich des Interdicts bedienen können, und daß es gegen keinen Andern, als den Schuldner selbst statt finde; debitoremve sei also gleich: et alios debitores. — Diese Worte sind also die Angel, um welche sich der ganze Streit drehet. Allein, was in aller Welt hindert denn, das ve copulativ zu verstehen, so daß es hier die Bedeutung hat: eundemque debitorem, oder: wenn der Pachter Schuldner ist, gegen ihn als Schuldner? Es giebt ja Beispiele genug, wo ve in den Pandekten schon copulativ gebraucht wird [1]),

---

1) Wie z. B. — praecipitote omne, quicquid ex hereditate bonis*ve* — patris vestri — ad me pervenit, Fr. 88. §. 2. *de Legat.* II. — si minus legitime juris*ve* perite fecero, pro jure legitimo ha-

um wie vielmehr im Codex, und zwar in der Art, daß dem mittelst desselben in Verbindung mit dem vorhergehenden gebrachten Begriff eine gleiche Eigenschaft oder ein gleiches Geschick und Bestimmung in rechtlicher Hinsicht zu Theil wird; ja es sind auch die Beispiele nicht selten [1]), wo es geradezu für id est, oder näher rückend und bezeichnend, wenn auch, gleich wie hier, mit einiger Nachlässigkeit des Styls, vorkommt. Warum sollen wir eine solche hier nicht annehmen, da die Flüchtigkeit der in Parenthese gestellten Bemerkung schon deren Natur nach fast nicht zu verkennen ist? — Dies wird aus der folgenden Untersuchung noch fester bestätigt

---

beri debet hominis sani voluntas, §. 17. *eod.* — Maevium — quem pro parte dimidia heredem instituі, eam partem hereditatis veto accipere — cujus in locum partem*ve* ejus — Sempronium — heredem esse volo, Fr. 37. §. 2. *de Legat.* III. — Pater stipulatus est — a filio: — quae tibi — mancipia — donationis caussa tradidi, per te non fieri dolo*ve* malo — quominus ea — quum morieris — neque dolo malo aut fraude facto*ve* tuo — in rerum natura esse — desiissent, si vivam, mihi — reddantur — stipulatus est pater — spopondit filius, §. 3. *eod.* — libertis meis — filios, filias lego, nisi quos quas*ve* ad uxorem meam — pertinere volui. Fr. 41. §. 2. *eod.* — Maevia e medio sumito, praecipito fundos meos illum et illum — cum omnibus pecoribus, jumentis — quae in iisdem fundis, quo*ve* eorum, quum moriar erunt, Fr. 92. *eod.* — Quicquid ex hereditate bonis*ve* meis ad te pervenerit, Fr. 83. pr. *eod.* — Uxori — legavit: quod ejus caussa emtum paratum*ve* esset Fr. 10. pr. *de Auro, argento*, wofür auch emta, parata, ohne Verbindungswort in durchaus gleicher Bedeutung Fr. 29. pr. u. 46. *de Legat.* III. oder comparata, emtaque, Fr. 78. §. 6. *eod.* Fr. 100. *eod.* Fr. 15. *de Usu, Usufructu leg.* — Quum stipulamur, quicquid te dare facere oportet, id quod praesenti die duntaxat debetur, in stipulationem deducitur, et ideo adjicitur: — oportebit, vel ita: praesens in diem*ve*. Hoc ideo fit, quia qui stipulatur: quicquid te dare oportet, demonstrat eam pecuniam, quae jam debetur, quodsi totum demonstrare vult, dicit: oportebit*ve*, vel ita: praesens in diem*ve*. Fr. 76. §. 1. de V. O. coll. 89. *eod.* — Transacta finita*ve* intelligere debemus non solum, quibus controversia fuit, sed etiam quae sine controversia sint finita.

1) Z. B. Fr. 38. §. 5. *de Legat.* III. — Quindecim libertis — praediolum cum taberna legaverat — ea conditione, ne quis eorum partem suam vendere, donareve velit. Quodsi adversus ea quid factum erit, tunc eas portiones praedium*ve* cum taberna — ad rempublicam Tusculanorum pertinere volo. (SCAEV.) Hier ist *ve* offenbar für scilicet oder i. e. praedium, ebenso wie in Fr. 39. *de Usu et usufr.* — Filios heredes instituit, uxori vestem, mundum muliebrem, lanam, linum et alias res legavit, et adjecit: proprietatem autem eorum, quae suprascripta sunt, reverti volo ad filias meas, quae*ve* ex his tunc vivent; — etc.

werden. Es ist nemlich eine noch nicht genug aufgehellte, noch richtig beantwortete Frage, wie das Salvianische Interdict sich eigentlich zur Servianischen Klage verhalte, und welches gegenwärtig seine praktische Bedeutung sei.

Die gewöhnliche Darstellung in den Lehrbüchern lautet so: neben der hypothekarischen Klage giebt es noch ein Interdictum adipiscendae possessionis, das Salvianische, für den Verpächter eines ländlichen Grundstücks Namens dessen, was in dasselbe hineingebracht und geschafft, oder dort erzeugt und geboren worden, wofern darüber zwischen dem Eigenthümer und dem Verpachter ein Pfandvertrag geschlossen worden ist, wider jeden Besitzer, auch den fingirten, auf dessen Herausgabe nach richterlichem Ermessen. Nach dessen Analogie wird heutzutage auch ein quasi oder utile Salvianum ertheilt, und zwar allen und jeden Gläubigern, die sich sonst der hypothekarischen Klage bedienen können [1]).

Die Praxis kann, soviel zunächst den letzten Satz betrifft, nur in einer Auslegung der betreffenden Gesetzstellen beruhen; daß sich im Verhältniß zu dieser gar keine beständige Praxis hat bilden können, ist zur Genüge aus Thibauts Uebersicht [2]) der Geschichte dieser Streitfrage ersichtlich; jenem fehlt es daher durchaus an Begründung, weil er nie ohne Widerspruch geblieben ist. Dazu kommt noch Folgendes.

Die Interdicte im Römischen Proceß sind nur eine andere Form der Actionen, durch welche insofern ein vom Verfahren in jure verschiedenes judicium veranlaßt werden konnte [3]), als der Prätor in den im Edict im voraus gesetzten gewissen Fällen auf bloßes Verlangen der einen, jedoch in Gegenwart der andern Partei, einen Befehl (zuletzt regelmäßig Interdictum genannt) ertheilt, der etwas entweder gebietet, — Exhibition, Restitution — oder verbietet — Prohibition. — Hieraus erhellt eine große

---

1) *Mühlenbruch* §. 319. i. f. Valett §. 380. Wening Th. I. S. 439. wohl alle nach Zimmern?

2) Thibaut a. a. O.

3) Zimmern Civilproc. §. 71 ff. und Savigny Besitz §. 34., denen wir hier folgen.

Aehnlichkeit zwischen den Interdicten und dem heutigen Mandatsproceß. Räumte der, wie gedacht gegenwärtige, Beklagte des Klägers Behauptung ein, so war das ganze Verfahren mit dem Interdict beendet; wenn er sich hingegen widersetzte, Einreden vorbrachte u. s. w., so erfolgte eine förmliche Einleitung des Processes, dergestalt, daß der Erfolg wesentlich derselbe war, wie der der Actionen, und also nur in Form und Ausdruck ein Unterschied vorherrschte, während auf der andern Seite darin eine Aehnlichkeit besteht, daß es auch bei den Actionen nicht schlechterdings zum Verfahren kommen muß, nemlich wenn der Beklagte in jure geständig ist. Der formelle Unterschied zwischen beiden hatte also wahrscheinlich nur den thatsächlichen Grund, daß die Fälle der Interdicte häufiger durch bloße Befehle zu Ende gebracht wurden. Daher gehören die Interdicte auch zu den ordinaria judicia, so gut wie die Actionen. Sie waren also in der That förmliche Befehle und eventuelle Formel zur Instruction eines wirklichen Verfahrens. Mit dem ordo judiciorum [1]) gingen die eigentlichen Interdicte unter, und sie wurden seitdem den Actionen ganz gleichgestellt, so daß nur die Verschiedenheit des Namens blieb [2]). Die (nur römisch-processualische) Beschleunigung [3]), welche beim Verfahren über sie noch denkbar ist, können sie nur mit den Actionen gemein haben, welche sich einer solchen erfreuen, während das Verfahren ganz ebenso gründlich ist. In dieser Gestalt erscheinen die Interdicte im Corpus Juris, und sind sie zu uns herübergekommen. Irrig [4]) ist die, oft nur stillschweigende, Annahme der Neueren, daß der Interdictsproceß summarisch gewesen sei; dies waren sie nur ehedem, wenn es gar nicht zum Proceß kam, mithin nie der Proceß selbst. Sie sind daher keine provisorischen Rechtsmittel, begnügen sich nicht mit Bescheinigung statt Beweises [5]), und es ist auch ohne Einfluß, daß hin und wieder Actionen mit den Interdicten zusammentreffen.

---

1) S. Heffter Institutionen des Civilprocesses S. 400. u. S. 82.
2) Savigny a. a. O. S. 348.
3) Zimmern a. a. O. S. 222.
4) Savigny S. 349.
5) Zimmern S. 223. (19.)

Soviel nun die Interdicte betrifft, welche den Besitz angehen, und die man gewöhnlich in retinendae, recuperandae und adipiscendae possessionis theilt, so sind die ersteren von der letztern Art wohl zu unterscheiden. Die possessorischen Klagen sind Interdicte, ohne mit den übrigen in einer andern Beziehung als der des ehemals gemeinschaftlichen Prozesses gestanden zu haben, die für uns wegfällt. Ihr Grund ist der Inbegriff der rechtlichen Beziehungen und Verhältnisse des Besitzers zu Andern [1]). Hier offenbart sich nun eine Verschiedenheit der Interdicta adipisc. poss. und somit des Salvianischen, als sich dieselben auf keinen schon vorhanden gewesenen Besitz gründen, sondern einen noch nicht gehabten verlangen [2]). Somit haben sie mit den ersteren, welche die einzigen possessorischen Klagen (d. h. zum Schutz eines Besitzes) sind, nichts gemein, ja auch unter einander so wenig und so viel, wie mit allen andern Actionen, und sonach ist das Salvianische Interdict im Römisch-Justinianeischen Rechte gewissermaßen nichts weiter, als eine andere Form für die Servianische Klage unter gewissen Umständen. [3]). — Zur nähern Erkenntniß desselben fragt es sich aber, um das Verhältniß beider zu einander kennen zu lernen, ob bei dem Salvianischen Interdict es sich um das Pfandrecht handele, oder nur um Erlangung des Pfandbesitzes, dann wieder, inwiefern letzterer Gegenstand eines Rechtsstreites sein könne, ohne ersteres einer Erörterung zu unterwerfen.

Daß das Salvianische Interdict auf die Verfolgung des Pfandrechts berechnet sei, läßt sich nicht erweisen [4]); die vorher angeführten Belege aus den Quellen, die seiner gedenken, bezeichnen nur die Ergreifung des Besitzes. Die Servianische Klage berührt hingegen das Pfandrecht unmittelbar selbst; mit dieser streitet der bessere Pfandgläubiger gegen den schlechtern, dazu ist jenes ganz unbrauchbar. Den Unterschied deutet **Fr. 2.** *de Salv. Int.* klar an [5]): **In Sal-**

---

1) S. meine Schrift vom Besitz §. 12. (a. a. O. S. 259.)

2) §. 3. J. *de Interd.* *Gaj.* IV. §. 144.

3) Savigny a. a. O.

4) Löhr im Archiv XII. S. 92 f.

5) Für welches die Löhr'sche Erklärung die einzig richtige ist; s.

viano interdicto, si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecta, possessor vincet, et erit eis descendendum ad Servianum judicium. Als Grund zum Salvianischen Interdict kann mithin nur die Entstehungsursache des Pfandrechts, d. h. die Verpfändung betrachtet werden; nur um diese und deren Beweis kann es sich handeln [1]). Wir sind daher der Meinung, daß sich nicht einsehen lasse, warum die Servianische Klage nicht solle hinterher erfolgen können [2]), zumal die vorgedachte Stelle zur Aufrechterhaltung der Verneinung gewaltsam erklärt und entfernt werden muß. Damit ist auch ganz wohl verträglich, daß dieses Interdict nichts Summarisches — denn der Beweis der Verpfändung mag freilich so streng erfodert werden, wie bei der Servianischen Klage der des Pfandrechts — und nichts Provisorisches [3]) an sich trage, sondern ebenso zu verhandeln sei, wie die possessorischen Klagen (Int. ret. und recup. poss.) im engern Sinn. Hiernach verhielte sich also die Servianische Klage in dieser Hinsicht zu demselben etwa ebenso, wie die Rei vindicatio zu den Interdicten retinendae und recuperandae possessionis, und somit wäre seine Natur und Stellung erklärt, die ohnedies immer im Dunkeln bleiben wird. Das Interdict möge nun älter oder jünger als die Servianische Klage sein, das ist für seinen Werth im Justinianeischen Recht ebenso gleichgültig, als warum es nicht gleich dieser, da doch beide ursprünglich dem Verpächter gegeben waren, auch für andere Gläubiger ausgedehnt worden sei, und nicht nach erlangtem und wieder verlornem Besitz nochmals angestellt werden kann. Daß es hätte geschehen können, ist nicht in Abrede zu stellen; daß es aber nicht geschehen sei, glauben wir vorher bewiesen zu haben.

Das Salvianische Interdict ist also ein dem Verpachter eines fundus gegen Jedermann, wer ein für den Pacht-

---

dagegen Savigny in seiner Zeitschrift Bd. VI. S. 268.

1) Darüber vgl. Gesterding S. 417.

2) Wie Zimmern S. 224. (20.) will.

3) In dem von Thibaut gemeinten Sinn, Archiv X. Nr. 23. vgl. Zimmern a. a. O. S. 19.

zins haftendes Unterpfand besitzt, zuständiges Rechtsmittel, um dessen Besitz auf den Grund der Verpfändung zu erlangen.

Noch bleiben zwei Fragen übrig, erstens, über die utile Anwendung des Interdicts, und zweitens, ob es nur für vertragsmäßig entstandene Pfandrechte hafte? — Der Pandectentitel de Salviano Interdicto muß über die erste die beste Auskunft geben. In diesem kommt das utile interdictum für die Besitzergreifung des Sklavenkindes vor, das beim Käufer einer mitverpfändeten Sklavin geboren ist. Diese analoge Ausdehnung ist durchaus den übrigen Analogieen der Klagen entsprechend. Ferner findet sich in §. 1. eine utilis actio erwähnt, welche als die Servianische zu verstehen, nicht der geringste Grund vorhanden ist, weil dieser im ganzen Bruchstück nicht gedacht wird. Da nun der Ausdruck actio für Interdict auch vorkommt, und diese unter jenen im weitern Sinn mitbegriffen werden, so ist utilis actio hier offenbar für utile interdictum gebraucht [1]). Hiernach wird nun Fr. 1. von bedeutender Wichtigkeit, und seine Erklärung nöthig. Es entsteht nemlich die Frage, warum in demselben das Interdict als analog bezeichnet werde, und nicht unmittelbar zuständig sein könne? Im Anfang der Stelle ist es darum analog auf das Sklavenkind ausgedehnt, weil dieses niemals in bonis des Pfandschuldners gewesen ist. Es findet also hier derjenige Fall der analogen Klage Anwendung, wenn nach den Grundsätzen logisch ausdehnender Erklärung die Sphäre der directen Klage erweitert, d. h. auf Fälle ausgedehnt wird, auf die zwar nicht ihr Inhalt, wohl aber die Ratio einer ältern Rechtsbestimmung paßt [2]). Die analoge Klage in §. 1., wovon das Idem servari in §. 2. auch zu verstehen ist, muß dagegen unter die Klasse derselben gezogen werden, wo eine persönliche oder rechtliche Eigenschaft oder eine fehlende Rechtsform fingirt wird, welche die Klage eigentlich (als directa) bedingt [3]).

---

1) S. Hepp angef. Recension S. 533.

2) Mühlenbruch Cession S. 143.

3) Ders. ebda.

Der Beweis ist folgender: §. 1. lehrt, wenn der Pachter eines Zweien gemeinschaftlichen Fundus in dasselbe Pfänder hineinschafft, so daß sie beiden gemeinschaftlich haften sollen, so hat zwar jeder wider Dritte das Salvianische Interdict, allein gegen einander richten sie darum nichts damit aus, weil nur die Verpfändung Grund der Klage ist, und diese der Beklagte auch für sich hat, mithin ist conditio possidentis besser, weil beide in pari caussa sind. Ist eine Sache (oder mehrere) hingegen pro partibus verpfändet, d. h. Jedem zu einem bestimmten Theile, so kann die directe Klage gegen Dritte darum nicht Statt haben, weil deren Zweck die apprehensio dimidiae partis possessionis ist, mithin einerseits für den Kläger eine persönliche Qualität fingirt werden muß, andererseits für die Sache selbst, weil sie ihm nicht ganz verpfändet ist und also nicht ganz haftet. Gegen einander müssen aber die Pfandgläubiger darum mit dem analogen Interdict auftreten, weil einmal das directe zwischen ihnen überhaupt nicht Statt hat, und dann, weil mit dem directen auch gegen Dritte in diesem Fall nicht verfahren werden kann. Es wird mithin wörtlich [1]) dasselbe vom Interdict gelehrt, was in Fr. 10. *de Pignoribus* von der Servianischen Klage für diese Fälle sich geschrieben findet; (s. o. S. 459. u. 446.) Wenn endlich der Pachter an einer ihm mit einem andern gemeinschaftlichen Sache zu seinem Antheil [2]) ein Pfandrecht bestellt hat, so kann wiederum das directe Interdict darum nicht angestellt werden, weil eben nur die halbe, nicht die ganze Sache verpfändet ist, und also die Klage auf eine halbe ertheilt wird, welche direct nur auf eine ganze geht.

Hieraus wird zugleich höchst wahrscheinlich, oder fast gewiß, daß das Salvianische Interdict von seinem Ursprung an, gleich der Servianischen Klage, gegen dritte Besitzer des Pfandes gegangen sei; hätte eine Beschränkung auf den

1) Dies ist buchstäblich zu nehmen.

2) Das geht aus dem §. 2. folgenden sc. ut pro parte dimidia pignoris persecutio detur hervor; wäre die ganze Sache (also zum Theil als fremde) verpfändet, so könnte nicht dieser Zweck der Klage namhaft gemacht sein.

Pächter Statt gefunden, und später eine Ausdehnung auf Dritte, so würde letztern Falls das Interdict bestimmt als utile bezeichnet worden sein, weil es dies dann in der That hätte sein müssen. Ebensowenig hätte es dann gegen den Schuldner unbedingt direct anwendbar sein können, (selbst wenn Gordians Constitution es auf diesen hätte beschränken wollen) worin zugleich noch ein Grund wider die von uns vorher bekämpfte Theorie liegt.

Das Beneficium excussionis, sowohl der dinglichen als persönlichen, muß für das Interdict als ausgeschlossen betrachtet werden [1]).

Das Interdict ergreift übrigens nur bei vertragsmäßigen Pfandbestellungen an den Invectis in ein ländliches Grundstück Platz, wie die Quellenzeugnisse einstimmig ergeben, soweit sie nur ein wenig genauer auf die Sache eingehen; und die Frage, ob es auch bei gesetzlichen vorkommen könne, ist darum ganz müßig, weil es ein solches für die Invecta bei ländlichen Grundstücken nicht giebt (s. o. S. 296). Eine Besonderheit ist es übrigens, daß das Interdict nicht auch auf Miethsverhältnisse städtischer Grundstücke Anwendung leidet. Dies scheint auf ein hohes Alter des Interdicts schließen lassen zu wollen.

§. 61.

c. Von andern dem Gläubiger in Bezug auf das Pfand zuständigen Klagen.

Zufolge der Bemerkung S. 548. über die Klagen, welche ursprünglich nicht auf den Pfandgläubiger berechnet sind, aber ihm als solchem zustehen, ist noch eine Uebersicht derselben hier erfoderlich [2]). Dieselben kommen theils nur dem wirklichen Pfandgläubiger zu, theils auch dem Hypothekgläubiger, und beruhen auf keinem allgemeinen Grunde, sondern die Zuständigkeit einer jeden ist im Besondern begründet; es sind diese:

---

1) Gesterding S. 417.
2) S. meine Schrift über Besitz u. s. w. §. 18. a. a. O. S. 426 ff.

1. Die Klage ad exhibendum ist dem einen wie dem andern zuständig [1]), nach dem für diese Klage geltenden Grundsatz, daß sie jedem in rem Klagenden, der an der Exhibition ein Interesse hat, wegen ihrer Unentbehrlichkeit, gebührt.

2. Zwischen zwei und mehreren Gläubigern beider Art finden die Theilungsklagen familiae erciscundae [2]), finium regundorum [3]), und communi dividundo [4]) Statt, letztere auch wider Dritte, und von Seiten dieser gegen erstere. Es beruht dies auf der Nothwendigkeit, indem diese Klagen nur vorbereitend für die hypothekarische sind, und diese ohne sie nicht angestellt werden könnte.

3. Zum wahren Schutz des Pfandes hingegen stehen dem Gläubiger, gleich mehreren andern Berechtigten, die für diese besonderen Fälle begründeten Rechtsmittel der operis novi nunciatio und der cautio damni infecti zu. Wir nehmen hierzu gleich:

4. die Klagen wegen geschehener Beschädigung und Verschlechterung des Pfandes, oder dessen Vernichtung durch Dritte.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Gläubiger wie gegen den Verpfänder selbst (s. S. 54.), so auch gegen Dritte befugt ist, Sicherheitsstellung zu fodern, sobald durch sie eine Gefährdung der Hypothek oder des Pfandes, oder einzelner Theile desselben, z. B. auch seiner Rechte, drohet, und gleichviel, ob der Dritte ein Nachfolger des Verpfänders oder Schuldners, oder wer er sonst sei, sobald er in einem solchen Verhältniß zum Pfande steht, daß er dessen Werth verringern kann, und zu solcher Besorgniß Veranlassung giebt. Dieser Satz ist unstreitig ebensowohl eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze von Sicherheitsbestellungen, als diese [5]) selbst durchaus anwendbar sind; es versteht sich, soviel die Form des Verfahrens betrifft, daß

---

1) Fr. 3. §. 3. *ad Exhibend.* — Fr. 3. *de P. A.*

2) Fr. 29. *Fam. ercisc.*

3) Fr. 4. §. 9. *Fin. regund.* coll. Fr. 10. *de Pignoribus* und dazu meine Abhandl. a. a. O. S. 427.

4) S. o. S. 114 ff.

5) Valett a. a. O. §. 180.

dabei die Vorschriften des gemeindeutschen Processes in Ansehung der vorsorglichen Sicherheitsmaaßregeln, Arreste, Inhibitionen, Sequestrationen u. s. w. zu beobachten sind. Da das Pfandrecht hier nur insofern in Betracht kommt, als es die Legitimation, die Befugniß des Antragstellers betrifft, die Zulässigkeit des Antrages aber von den thatsächlichen Umständen abhängt, und deren Beurtheilung nach den allgemeinen Grundsätzen über solche Anträge sich richtet, so fällt hier das Weitere über vorsorgliche Maaßregeln und Sicherheitsbestellungen weg, denn es gilt lediglich der Lehre von diesen überhaupt (vgl. o. S. 545.). — Die Quellen machen die unter Zahl 3. genannten beiden Rechtsmittel besonders für den Gläubiger namhaft [1]; wäre es auch zweifelhaft, ob in den beiden hieher gehörigen Stellen der Hypothekgläubiger überhaupt und nicht gerade der Faustpfandgläubiger gemeint sei, so würde doch kein Grund vorhanden sein, jene Rechtsmittel dem erstern zu versagen, indem sie den ihrigen nicht im Pfandbesitz finden, sondern die in beiden Stellen angeführten Entscheidungsgründe, quia jus suum tuetur, und nam ei vindicatio servitutis datur, auf ihn ebenfalls vollkommen passen; zumal ja die Berechtigung zu jenen für jeden dabei Interessirten vorhanden ist [2], und er sie mittelst einer in factum actio geltend machen kann.

Bei keiner von allen bisher erwähnten Klagen ist die Einrede der Excussion zulässig, weil diese nur der hypothekarischen entgegensteht, und diese Klagen keine Aehnlichkeit im Zweck mit ihr haben; das eventuelle Recht genügt hier allein.

Soviel hingegen die Klagen wegen Verschlechterung und Vernichtung des Pfandes durch Dritte [hieher gehören also nicht die, welche zur Strafe wegen arglistiger Besitzentäußerung doch den Besitzern gleichgeachtet werden [3]] und in Anwendung auf sie zuvörderst den letztgedachten Umstand angeht, ist es darum [4]) gerade umgekehrt, weil sich der Grund zur Foderung erst dann ergiebt, wenn die Befriedigung der per-

1) Fr. 9. *de Operis novi nunc.* und Fr. 11. *de Damno inf.*

2) Bucher R. d. Fod. S. 457.

3) S. o. S. 556. Anm. 2.

4) Uebrigens auch arg. Fr. 30. §. 1. *ad Leg. Aquil.*

sönlichen Foderung nicht zu erhalten gewesen ist, m. a. W. hier nur von Schadensersatz die Rede sein kann (vergl. o. S. 252 f.). Eine Ausnahme müssen daher die Fälle, wo die hypothekarische Klage unaufgehalten durch die Einrede gegen Dritte wirkt (s. o. S. 569.) und darunter also auch das Faustpfand machen, weil der Gläubiger bei dessen Besitz interessirt [1]), und dem Verpfänder für jeden Schaden verantwortlich ist, den nicht der Zufall angerichtet hat; dieser Umstand ist hier, wie öfters, für den Faustpfandgläubiger entscheidend [2]). — Für jene Klagen ist nun das Interesse des Gläubigers der Hauptgesichtspunkt, d. h. sowohl der erlittene Schaden der Grund derselben, als das Interesse ihr Zweck. Das letztere giebt sich, die gedachten Ausnahmefälle ungerechnet, bei vorhandener Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu erkennen. Directer Beweis dafür ist, daß dem Gläubiger auch die Aquilische Klage dann zugesprochen wird, welche sich nach den Umständen als eine Klage in factum oder utilis gestaltet [3]), und zwar so, daß sie nur debiti quantitatem zum Gegenstande [4]) hat, während sie zum Ueberrest dem Eigenthümer zuständig bleibt. Die Frage, ob die dabei verlangte Zahlungsunfähigkeit als strenge Bedingung gleich der Bestimmung über die debiti quantitas zu verstehen sei, dürfte mit der zusammenzustellen sein [5]),

---

1) S. bes. Fr. 12. §. 2. *de Furtis* und §. 14. J. *de Oblig. quae ex del.*

2) S. Hasse Culpa S. 465 ff.

3) Vgl. Wening a. a. O. Th. II. S. 362. Daß *Donellus* sie wiederholt Comm. IX. 228. und V. 302. (Ed. Nor.) dem Gläubiger abspricht, ist offenbar irrig.

4) Fr. 30. §. 1. *ad Leg. Aquil.* — Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse ejus, quod debitor solvendo non sit, aut quod litem tempore amisit, quaeritur. Sed hic iniquum est, et domino et creditori eum teneri, nisi si quis putaverit, nullam in ea re debitorem injuriam passurum, quum prosit ei ad debiti quantitatem, et quod sit amplius, consecuturus sit ab eo, vel ab initio in id quod amplius sit, quam in debito, debitori dandam actionem. Et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit, competit Aquiliae actio. (PAUL. 22. *ad Ed.*) Diese Stelle ist ohne Zweifel auch von Hypotheken zu verstehen.

5) Bucher R. der Foderungen S. 469.

worin das Interesse in solchen Fällen bestehe, welche nicht ohne Schwierigkeit ist; denn jene gesetzliche Vorschrift scheint nur das, was regelmäßig geschieht, vor Augen gehabt zu haben, nicht die Ausnahmefälle, weshalb wir sie nicht für strenge verneinend und begränzend halten. Wir haben schon oben bei einer ganz ähnlichen Gelegenheit, der Verschlechterung oder Vernichtung des Pfandes durch den Schuldner selbst — der Verpfänder im Gegensatz zu ihm, wäre einem dritten Besitzer gleich zu achten, — Veranlassung gehabt, das Interesse in nähere Betrachtung zu ziehen; da die persönliche Klage dort die Schuldfoderung selbst gewährte, der Umstand aber, daß der Schuldner zahlungsunfähig war, in der Berechnung des Interesse natürlich keine Aenderung hervorbringen konnte, so konnten nur die Foderungen an den Schuldner Gegenstand desselben sein, deren Befriedigung er nicht auch durch andere Mittel, als das Pfand allein, zu erhalten vermogte (z. B. klaglose), und die gehabten Kosten und sonstige Einbuße. Wider Dritte gerichtet, muß hingegen der Gegenstand der Klage auf Schadensersatz und Interesse aus einleuchtenden Gründen anders bezeichnet und berechnet werden, und vor Allem namentlich die Hauptfoderung mitumfassen. Es müssen dabei mehrere Unterscheidungen beobachtet werden, weil Faustpfand und Hypothek, Vernichtung und bloße Verschlechterung, guter und schlechter Glaube des dritten Besitzers solche zu veranlassen geeignet sein dürften. Da diese drei Möglichkeiten auch alle oder theilweise miteinander verbunden sein können, so läßt sich keine scharfe Absonderung treffen.

Die Verschlechterung kann nur in Betracht kommen, wenn der Werth des Pfandes sich soweit verringert hat, daß sein Erlös deshalb nicht ausreicht, die Foderungen zu decken. Da nun der Ueberschuß als verloren, vernichtet, erscheint, so fällt die Entscheidung darüber mit der über die Vernichtung des ganzen Pfandes zusammen, indem der Rest des Werths, d. h. soweit er nicht vernichtet, sondern nach der Verschlechterung — nur vermindert — geblieben ist, die Foderungen durch Abrechnung ermäßigt und befriedigt. Man kann also hiernach die Frage einfach dahin zusammenfassen,

ob der Schadensanspruch den gewesenen Werth des Pfandes — denn über diesen kann er niemals hinausgehen, — oder nur den Betrag aller Foderungen umfaßt? — Hier macht sich der Unterschied des eigentlichen Pfandes und der Hypothek geltend. Für die letztere kann das Interesse niemals die wirklichen Foderungen übersteigen, welche sonst in der Regel durch die persönliche Klage geltend gemacht, hier aber nicht haben erlangt werden können; allerdings aber muß es dieselben in ihrem ganzen Umfange begreifen, also alle die, deren Befriedigung der Gläubiger durch den Verkauf des Pfandes würde erlangt haben, d. h. Capital, Zinsen, Kosten jeder Art, auch für die fruchtlose persönliche Klage und alle sonstige Einbuße [1]), mit einem Worte Alles, wofür das Pfand haftet, und auch dann, wenn dafür kein Klagerecht besteht. Für das Faustpfand hingegen muß der Werth des Pfandes selbst [2]) in Anspruch kommen dürfen, wesfalls die Streitwürderung eintreten kann (s. o. S. 566 f.), weil nemlich der Gläubiger gegen den Verpfänder jeden Schaden vertreten muß, soweit er nicht durch Zufall und unabwendbare Naturereignisse eingetreten ist (s. S. 236.). Allerdings dürfen sich Gläubiger und Schuldner über die getheilte Verfolgung des Schadensersatzes einigen, so daß der letztere z. B. den Betrag desselben über die Gesammtschuldsumme einklagen kann, wie sich bei der Hypothek dies von selbst versteht.

Wir stehen aber nicht an, dem Pfandgläubiger in allen den Fällen, wo er ein wirkliches Interesse am Untergang oder der Verschlechterung des Pfandes dadurch hat, daß er die hypothekarische Klage entweder verliert, oder aus dem Pfande nicht mehr soviel lösen kann, als vor der Werthsverminderung, alle diejenigen Klagen, als in factum und utiles zuzusprechen, welche dem Eigenthümer als directe zustehen [3]), d. i., wie schon gedacht, die Aquilische Klage, die de pauperie [4]), sowie die de pastu, die de effusis et dejectis [5]) und die gegen Schiffsrheder und Gastwir-

1) s. S. 251. Anm. 4.
2) Hasse a. a. O. S. 470.
3) Bucher a. a. O. S. 454 ff.
4) Fr. 2. pr. *Si quadrupes pauperiem.*
5) Glück X. S. 396 f.

the [1]). Von allen muß jedoch das gelten, was von der Aquilischen, nemlich, daß sie bei der Hypothek debiti quantitatem nicht übersteigen, und hierin in der Regel das Interesse besteht, welches die Klage veranlaßt und begründet. Sollte keine dieser ausreichen, so würde die allgemeine Klage in factum überall aushelfen. Noch ist freilich nicht außer Acht zu lassen, daß sich jene Klagen in der heutigen Praxis anders gestalten [2]), und namentlich über die Berechnung des Betrages des Streitgegenstandes auch manche Zweifel herrschen, indessen kommen diese bei ihrer blos analogen Anwendung, und da sie stets nur als in factum actiones erscheinen, nicht weiter zur Sprache.

Da aber, wie oben schon gedacht, diese Klagen dem Schuldner sowohl zum Theil zuständig, wie auch ohne Zweifel ihm als Eigenthümer auf das Ganze als directe verbleiben, so früge es sich hier noch um das Verhältniß der utiles in diesem Fall zu den directae? — Soviel steht fest, daß nicht zweimal derselbe Gegenstand gefodert werden darf [3]). Nach der richtigen Ansicht [4]) über die utiles actiones, und ihr Verhältniß bei Collisionen mit den directae [5]), ist freilich soviel gewiß, daß, wenn der Gläubiger dem Eigenthümer — denn beider Ansprüche sind nur persönliche, — zuvorkommt, der Beklagte dem nachmals Klage erhebenden Eigenthümer das Gezahlte in Anrechnung bringen darf [6]), also die Einrede rechtskräftig entschiedener Sache begründet sei; allein dieselbe läßt sich im Allgemeinen wenigstens auch dann nicht in Abrede stellen, wenn der Eigenthümer schon vorher den Schadenstifter ausgeklagt hat, denn er kann dem einen so wenig wie dem andern die Einrede entgegenstellen, daß beziehungsweise der Andere auch ein Recht habe, ihn zu belangen, weil dies eine dem Rechte Dritter entnommene Einrede wäre. Sollte jedoch das Zuvorkommen allein entscheiden, so würde der Gläubiger oft leer ausgehen und jeden-

---

1) Fr. 1. §. 7. *Nautae, caupones* etc.

2) Glück X. S. 383. 409. Büchel S. 409.

3) *Donelli* Comm. T. XIII. p. 135. 139. 147.

4) Mühlenbruch Cession S. 195.

5) Ders. S. 179 f. u. 159.

6) Auch arg. Fr. 30. *d.*

falls gefährdet werden. Es bleibt also nichts weiter übrig, als die Wirkung der Anzeige (denunciatio), wie bei Foderungsabtretungen, eintreten zu lassen, die dann so beschaffen sein muß, daß sie dem Schadenstifter volle Ueberzeugung gewähren kann. Diese muß dann auch sogleich geschehen dürfen, d. h. auch ohne das Ergebniß der persönlichen Klage abzuwarten, da es blos der Sicherung eines eventuellen Rechts gilt [1]). Der Eigenthümer würde hierin auch keine Beschränkung seiner Befugnisse finden können, indem ja die über das Pfand selbst beschränkt ist.

Auf seinen Antheil behält übrigens der Eigenthümer bei der Hypothek sein Recht unverkürzt und unberührt durch das Pfandverhältniß; nur wird dabei häufig Veranlassung zu gegenseitigen Sicherheitsleistungen entstehen.

Die letzte Frage endlich, je nachdem Der, welcher das Pfand beschädigt oder vernichtet hat, im guten oder schlechten Glauben gehandelt hat, läßt sich leichter und einfacher entscheiden. Der gute Glaube kann nemlich nur für Den angenommen werden, welcher sich für den Eigenthümer hält, und guten Grund zu dieser Ueberzeugung hat. Ein solcher haftet aber für keine Beschädigung oder Verletzung irgend einer Art, so lange sein guter Glaube dauert [2]).

5. Außer den bisher aufgezählten Klagen sind dem Faustpfandgläubiger noch [3]) zuständig: die Diebstahlsklage, die Condiction wegen Diebstahls, die Klage wegen Raubes [4]), und die quod metus caussa factum est [5]). Die erste darum, weil sie Jedem zusteht, dem an Erhaltung der Sache gelegen, auch wenn er nicht Eigenthümer ist [6]), und diesem selbst nicht, wenn er kein Interesse dabei hat. Deshalb, sagen die Quellen, sei es eine bekannte Sache, daß dem Gläubiger diese Klage gebühre, und zwar selbst gegen den Eigenthümer. Es ist dessen schon oben einige Erwähnung geschehen (S. 235 f. vergl. S. 543.), bei der Gelegen-

---

1) Mühlenbr. Ceff. S. 180.

2) Bucher R. d. Fod. 169.

3) Außer den folgenden ist noch eine jetzt veraltete für ihn nach Fr. 1. §. 10. *Si is qui Tsto liber esse jussus* etc. vorhanden gewesen.

4) Fr. 2. §. 22. *Vi bonor. raptor.*

5) Die Beweisstellen s. S. 235.

6) Vgl. Hasse Culpa S. 423 f.

heit, wo gelehrt ward, daß der Pfandgläubiger keinen Gewinn vom Pfande ziehe; hier ist dieser Umstand genauer zu erörtern, indem man [1]) darin, daß ein Theil der hieher gehörigen Pandektenstellen lehrt, der Gläubiger könne in solidum furti agere, weil ihm nicht blos credito tenus interest, doch müsse er das, quod debitum excedit, dem Schuldner herausgeben [2]), nur solle, wenn die Klage wider letztern selbst Statt hat, deren Gegenstand der (beziehungsweise zwei- und vierfach erhöhte) Schuld- und Zinsenbetrag sein [3]), — ein anderer aber, daß totum quicquid percepit debito eum imputare debere [4]), nur nicht, wie gedacht, was der Schuldner selbst habe zahlen müssen, und daß, wenn der Gläubiger dabei in Schuld sei [5]), so daß er wegen seiner Vernachlässigung vom Verpfänder würde haben in Anspruch genommen werden können, er so oft solle die Klage erheben können, wie er bestohlen worden sei, — scheinbare Widersprüche gefunden hat. Wann könne denn nun eigentlich auf das Ganze des Werths des Pfandes, und wann auf die Schuldsumme Klage erhoben werden? Wann müsse er das Gewonnene herausgeben? Um dies zu beantworten, unterscheidet man, daß wenn der Gläubiger in Schuld sei, und seine Verantwortlichkeit der Klage zum Grunde lege, sein Interesse auf das Ganze gehe, und der Eigenthümer dann gar kein solches habe; jener behalte dann auch allen Gewinn, nur müsse er davon die Foderungssumme kürzen. Betrage also die Schuld zehn und der Werth des Pfandes acht, so gewinne er durch die Verdoppelung sechs; wenn aber z. B. jener fünf und dieser zehn, so gewinne er zehn, quittire über fünf und zahle fünf. Das sei der Sinn der Worte: quicquid percepit, debito imputare debet [6]). Wolle er sich hingegegen nur als Gläubiger geriren, und sein Interesse in Anspruch nehmen, was mithin von dem des Verpfänders unabhängig sei, so reiche dies nur soweit, wie seine Foderung. Nur könne der Dieb nicht auf diese Be-

---

1) Hasse Culpa S. 466 ff.
2) Fr. 15. pr. *de Furtis.*
3) Fr. 87. *eod.*
4) Fr. 22. pr. *de P. A.*
5) Fr. 14. §. 6. *de Furtis.*
6) Davon sollen nun Fr. 22. *d.* und 14. §. 6. *d.* zu verstehen sein.

schränkung sich einredeweise beziehen, weshalb der Gläubiger, so lange der Verpfänder noch nicht geklagt habe, auf das Ganze klagen könne, jedoch dann das auf das Residuum Gewonnene sammt diesem herausgeben müsse. — Wir halten diese Unterscheidung für zu spitzfündig; daß sie völlig unpractisch sei, zeigt, — abgesehen von einzelnen in der Praxis gar nicht erkennbaren Feinheiten, und von der Unzulässigkeit auf die vorausgesetzte Absicht, als wer sich der Gläubiger geriren wolle, die Entscheidung ankommen zu lassen — der in dem letzten Satz liegende Widerspruch; wie nemlich wäre es denn nach dieser Theorie erklärlich, daß der nur als Gläubiger sich gerirende Creditor gegen den Dieb auf das Ganze zu klagen befugt sein soll, wenn der Verpfänder noch nicht geklagt hat? Das soll ja nur dann geschehen können, wenn er in Schuld ist, und seine desfallsige Verantwortlichkeit der Klage zum Grunde legt? Wie soll diese neue Verwirrung und Verwechselung gelöst werden? Die Herausgabe oder Nichtherausgabe des auf das Residuum Gewonnenen reicht doch dazu nicht aus.

Nach unserer Ansicht läßt sich ein einfacher Gesichtspunkt für diesen Streit gewinnen, sobald man die Grundlage der Diebstahlsklage festhält, (zugleich die für jede Entschädigungsklage des Gläubigers), dies ist das Interesse [1]); hat der Verpfänder ein solches nicht, so erhält er die Klage auch nicht, und wenn er selbst Eigenthümer wäre [2]). Berücksichtigt man nun, daß die Diebstahlsklage eine Strafklage, also weit mehr um des Diebes als des Bestohlenen Willen eingeführt ist, daß der Gläubiger, wenn seine Foderung befriedigt ist, auf nichts weiter einen Anspruch hat [3]), mithin der erhaltene Gewinn lediglich dem Verpfänder zu Gute kommen kann, wovon nur dann eine Ausnahme zu machen ist, wenn letzterer selbst der Dieb sein sollte, weil Niemanden seine

1) Fr. 10. *de Furtis*. — Cujus interfuit non surripi, is actionem furti habet. (ULP. 29. *ad Ed.*)

2) §. 13. [15.] J. *de Obl. quae ex delicto*. — Furti autem actio ei competit, cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit; itaque nec domino aliter competit, quam si ejus intersit, rem non perire.

3) S. bes. Fr. 21. §. ult. in f. *de Pignoribus*.

Arglist zum Vortheil gereichen darf, — daß ferner das Interesse des Gläubigers verschieden sein kann, je nachdem er wegen Schuld haftet oder nicht, und hiernach seiner Beurtheilung und Willkühr überlassen bleiben muß, wie er klagen wolle, um ganz sicher zu gehen, — so läuft Alles auf die Frage hinaus, wann und wie der Gläubiger bei dem Diebstahl interessirt ist, und wann und wie der Verpfänder?

Erörtern wir dies genauer. Der Diebstahlsklage wird, wie überhaupt, so für den Pfandgläubiger im Besondern, das Interesse zum Grunde gelegt [1]). Dieses findet für den Gläubiger, wenn er ohne Verantwortlichkeit wegen begangener Nachlässigkeit in Verwahrung des Pfandes gegen den Verpfänder ist, allerdings nicht weiter hinaus Statt, als seine Foderung reicht [2]), sobald er aber jene Verantwortlichkeit auf sich hat, hat er auch die Diebstahlsklage so oft ihm das Pfand gestohlen wird; in jenem Falle hingegen hat der Verpfänder dieselbe Klage auf den übrigen Werthsbetrag des Pfandes, weil hierin sein Interesse nur besteht. Denn alles, was der Gläubiger erstreitet, muß er auf die Foderung anrechnen und den Ueberschuß herausgeben. Daß der Pfandgläubiger dabei irgend einen Gewinn machen sollte, außer wenn die Klage wider den Schuldner selbst gerichtet wird, ist nicht zu denken; die Herausgabe alles Ueberschusses, quod *debitum* excedit, ist zu entschieden und klar geboten [3]), als daß sich die vorher angeführte entgegengesetzte Meinung von der Theilung des Gewinnes im entferntesten rechtfertigen ließe. Dabei steht dem Gläubiger allerdings auch im Fall der Verschuldung frei, nur auf das einfache Interesse seiner Foderung zu klagen, wenn er sich sonst gegen die Pfandhauptklage durchzukommen getrauet, so wenig sich bezweifeln läßt, daß dann der Verpfänder auch auf sein Interesse klagen kann, weil die Klage hiernach theilbar ist [4]). Allein gewinnen kann der Gläubiger nimmermehr etwas, (ausgenommen den einzigen mehrgedachten Fall,) dawider

---

1) **Fr. 15. pr.** *d.* **Fr. 12. §. 2.** *d.* **Fr. 46. §. 1—5. Fr. 14. §. 6.** *de Furtis.*

2) **Fr. 14. §. 6.** *d.*

3) **Fr. 15. pr.** *d.* **Fr. 22. pr.** *d.*

4) **Fr. 46. §. 1.** *d.* — **dividetur et actio — §. 4. — si modo plus valeat, quam pro pignore debetur.**

sprechen die Gesetze zu deutlich, wenn sie vorschreiben, er solle alles auf seine Foderung einrechnen, was er erhalte, quicquid percepit; diese Worte mögten zwar kaum geeignet sein, einen Zweifel auftauchen zu lassen, da sie von der entgegengesetzten Meinung auf eine durchaus erzwungene Weise ausgelegt werden müssen („und wenn er auch **200**, als den doppelten Werth des Pfandes erstreitet, er rechnet Alles auf seine Foderung, wenn sie auch nur **100** beträgt"); wenn sie aber etwas unverständlich scheinen sollten, so braucht man sich den Fall, zu dem sie gehören, nur so gebildet zu denken, daß das Pfand viel geringer an Werth war, als die Foderung, und selbst sein doppelter Werth letztere immer noch nicht deckte. — Hiernach muß sich nun auch ein einfacheres Mittel finden, die Frage über das Verhältniß des Diebes zu den beiden möglicher Weise Klageberechtigten zu lösen [1],

---

1) Diese sehr wichtige Frage, welche ganz der Praxis angehört, wird von Hasse a. a. O. S. 471. auf eine Weise beantwortet, welche sowohl über sie völlig im Dunkeln läßt, als auch eine absolute Unbrauchbarkeit seiner Ideen darüber für das Leben zeigt. Einen Auszug davon zu geben, ist in der That unmöglich, und ich gestehe, daß ich die Seiten 472. und 73. aller Mühe ungeachtet theils nicht verstehe, theils nicht begreife, wie das dort Gelehrte in den Proceßgang eingepaßt werden, und sich danach die Sache in diesem gestalten soll? — Meine eben gelehrte Ansicht findet ihre Bestätigung in Fr. 14. §. 6. *d.* wenn es nemlich dort heißt — si actione furti consecutus fuero decem (quae mihi debebantur), non competere mihi furti actionem, si iterum surripiatur (pignus) quia desiit mea interesse, cum semel sim consecutus. Hoc ita, si sine mea culpa subripiatur; nam si culpa mea, quia interest, eo quod teneor pigneraticia actione, agere potero, quodsi culpa abest, sine dubio domino competere actio videtur, quae creditori non competit etc.; so ist doch ohne allen Zweifel eine Erörterung dieser Umstände und Fragen im Wege Rechtens dort vorausgesetzt, denn ein anderer, sie zu ermitteln, ist ja unmöglich. Wer anders kann die Frage entscheiden, an competat actio, als der Richter? Dazu gehört nach der vorwaltenden Natur der Sache offenbar ein durch Einrede und Replik geführter Streit, nemlich daß der Beklagte den Mangel des Interesse vorgeschützt, und der Kläger Umstände replicirt hat, welche seine Verantwortlichkeit gegen den Verpfänder ergeben. Daraus folgt, daß das Interesse allerdings auch bei dieser Klage ein solcher Umstand ist, über den zwischen den Parteien gestritten und Erörterung gepflogen werden darf und muß, und da nun einmal das R. R. diese Civilklage wegen des Diebstahls gewährt, so kann auch die, wenn man unsere heutigen criminalrechtlichen Grundsätze über den Diebstahl allein in Betracht zieht, allerdings befremdende Erscheinung nicht überraschen, daß der Dieb dem Gläubiger soll entgegnen dürfen: „du hast kein Interesse, weil

je nachdem der Gläubiger oder der Verpfänder zuerst die Klage erhebt, und ob auf das Ganze des Pfandes, oder auf einen geringern Betrag, bei, worüber beiden natürlich sich unter einander zu verständigen freisteht, getheilt gefodertem Interesse. Dieses Mittel nemlich fällt mit der richterlichen Entscheidung zusammen, da von dieser der Klagegrund, das Interesse, sowohl gehörig gewürdigt, als die Einrede, si tua non interest oder non tanti interest, und die Repliken dawider gegenseitig abgewogen sein müssen.

Ganz dieselben Grundsätze sind analog auf die Condiction wegen Diebstahls [1]), auf die Klage wegen des durch Furcht abgepreßten Pfandes, und die wegen Raubes zur Anwendung zu bringen, indem dieselben durchaus mit dem Diebstahle gleichgestellt und behandelt werden, auch eine Verschiedenheit weder erweislich noch denkbar ist [2]).

6. Endlich ist zu erinnern, daß auch Faustpfänder für den Erben des Gläubigers Gegenstand der Erbschaftsklage werden, und damit vom dritten Besitzer gefodert werden können, und zwar aus dem Grunde, weil sie auf seine Gefahr gehen [3]).

Zu bemerken ist noch für alle in diesem Paragraphen genannten Klagen als gemeinschaftlich, daß sie neben dem Beweise, wenn es dazu kommt, der einer jeden eigenthümlichen Thatsachen, den des Pfandrechts erfodern. Die Einrede der Excussion ist bei denen unter Zahl 5. aufgeführten aus dem S. 595. gedachten Grunde für die dort genannten Ausnahmefälle, und namentlich weil sie nur dem Faustpfandgläubiger zukommen, nicht denkbar und zulässig.

---

ich dich unter solchen Umständen bestohlen habe, daß dir nichts dabei zur Last fällt, sondern nur deinem Verpfänder, weshalb dieser mich verklagen kann." Denn man muß sich erinnern, daß, wenn es dahin gekommen ist, der Diebstahl schon erwiesen sein muß, daher denn das Besprechen und Erörtern solcher Fragen nicht mehr seltsam scheinen kann.

1) Von dieser s. o. S. 235. Anm. 4.

2) S. Fr. 22. §. 1. *d.* u. Fr. 22. §§. 22 sq. *Vi bonor. raptor.* Vgl. Glück XIV. S. 148 ff.

3) Fr. 19. *de Hered. petit.*

§. 62.

d. Von den zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder Statt findenden Klagen aus dem Pfandcontractsverhältniß.

Es ist oben S. 229. erwähnt worden, daß das durch den Besitz des Pfandes von Seiten des Gläubigers entstehende Verhältniß mit dem Verpfänder, als ein zweiseitiges, für beide Theile Klagen zur Nöthigung hervorbringt, die gegenseitigen Verpflichtungen zu erfüllen, und zwar für den Verpfänder und seine Erben (nicht für Dritte), die Pfandhauptklage (vgl. S. 233.), pigneraticia directa actio, für den Gläubiger und seine Erben aber die Pfandgegenklage, pigneraticia contraria actio — contrarium judicium. — Beider hat bisher schon oft Erwähnung geschehen müssen; hier ist ihre Natur zu erörtern, sowie auch der andern Klagen noch zu gedenken, welche zu gleichem Behufe anwendbar sind.

1. Die Pfandhauptklage ist also eine persönliche, denn sie entspringt aus einem contractsmäßig begründeten Rechtsverhältniß. Wider Dritte [1]) kann der Verpfänder zur Wiedererlangung des Pfandes nur die Eigenthumsklage, welche zwar gegen Den, dem das Pfand bestellt worden, auch anwendbar ist [2]), oder die Erbschaftsklage [3]), oder nach den Umständen, — z. B. bei ungültig geschehenem Verkauf des Pfandes, — die Klage auf das Geschehene (in factum) erheben, welche wahrscheinlich mit der analogen Klage eine und dieselbe ist, die dem Auftragertheiler auch ohne Abtretung gegen den Dritten zu Theil wird, mit dem der Beauftragte in des erstern Namen gehandelt hat, denn der Gläubiger verkauft als Bevollmächtigter des Verpfänders. Die Pfandhauptklage geht daher nicht wider den Bürgen, welcher Pfänder an sich gekauft hat [4]), nicht gegen den Fideicommißerben nach Ausantwortung der Erbschaft, wenn sie wider den Fiduciarerben er-

1) Vgl. Overbeck Medit. Bd. II. S. 65. Struben rechtl. Bedenken, I. 265. S. 410.

2) C. 1. *Si pignoris convention.*

3) Fr. 54. §. 1. *de Heredit. pet.*

4) Fr. 2. *de Pignoribus.*

wachsen war [1]), und selbst nicht gegen den Cessionar des Pfandgläubigers, dem er die Pfänder behändigt hat (s. o. S. **405**. **459**. u. **558**.), denn die eigentliche Obligation, das Wechselseitige des Verhältnisses zwischen Gläubiger und Verpfänder geht durch die Abtretung nicht über, sondern blos die Foderung, welche sich in den Begriff der Actio ganz rein auflöst; der Gläubiger müßte ja sonst seiner eigenen Verbindlichkeit durch die Abtretung sich willkührlich entledigen dürfen [2]). Daher kann gegen den Cessionar ebenfalls

---

1) Fr. 78. §. 15. *ad SCt. Trebell.*

2) S. bes. Mühlenbruch Cession §. 18. S. 221 — 26. Doch scheint die von ihm zur Bestärkung angeführte und erklärte C. 9. *de Hered. vel act. vend.* anders verstanden werden zu müssen; sie lautet so: Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur. Mühlenbruch sagt, es sei hier von der Abtretung einer Foderung die Rede, zu deren Sicherheit eine Hypothek bestellt war, und die Entscheidung, der Kaiser habe die Frage betroffen, „ob durch die Cession das Pfandrecht — was hier dominium rerum obligatarum bedeute, — übergehe, oder ob der Cessionar auch in Ansehung der hypothecirten Sachen nur die Klage des eigentlichen cedirenden Gläubigers ausüben dürfe?" Das letztere werde bejahet, denn die abgetretene Klage gehe nie als ein abgetretenes Recht über, sondern nur die Befugniß, dieselbe als Recht des Cedenten (exemplo creditoris) geltend zu machen. Es fehlt jedoch an überzeugenden Gründen, dominium rerum obligatarum als das Pfandrecht zu verstehen; denn am unmittelbaren Beweise mangelt es ganz, und der mittelbare darum, weil jener Ausdruck richtig ganz anders verstanden werden muß; ferner kann exemplo creditoris nicht als allgemein von der im ganzen Satze enthaltenen Regel gültig, sondern nur streng zu vel utilis gehörig verstanden werden. Es ist nemlich die Voraussetzung, daß in der Constitution von der Abtretung einer Foderung die Rede sei, zu deren Sicherheit eine Hypothek bestellt worden, obwohl nach Baldus unter res obligata nur res debita ex nomine verstanden werden, also von einer geschehenen Verpfändung gar nicht gesprochen sein soll, mit Paulus de Castro zwar als richtig anzunehmen, indem res obligatae hier für pigneratae stehen, allein die nominis emtio ist hier der emtio rerum obligatarum entgegengesetzt. Dominium ist also in seiner gewöhnlichen Bedeutung zu nehmen, welches allerdings durch den Verkauf des Pfandes übergeht, und insofern Veranlassung zur Frage geben konnte, allein nicht durch den Verkauf der Hauptfoderung, wie wir aus der Constitution ersehen; die Entscheidung lautet also dahin, daß der Käufer entweder die actio directa Namens des Gläubigers als procurator in rem suam erheben könne, oder die analoge, und die Stelle ist nun (s. d. deutsche Corpus Juris) so zu übersetzen: „durch den Kauf einer Foderung geht das Eigenthum der [für diese] verpfändeten Sachen nicht auf den

nur die Eigenthumsklage, oder nach Umständen die Auftragsklage erhoben werden, wie wenn er zugleich Bürge ist [1]). Hat in solchen Fällen der dritte Besitzer das Pfand auf irgend eine andere Weise, als durch Foderungsabtretung erlangt, jedoch so, daß dadurch eine Tilgung der Foderung eingetreten ist, so muß der Eigenthümer, bevor er Gehör erhält, dem Besitzer das, was wirklich ihm als Schuldner, oder diesem dadurch zu Gute gekommen ist, zurückerstatten (s. o. S. 557 f. u. 541.)

Dieser klaren Beweisgründe ungeachtet sind doch viele ältere Rechtslehrer aus der Zahl der sogenannten Practiker [2]) der Meinung, daß die Pfandhauptklage zu den in rem scriptis persönlichen Klagen gehöre, die gegen den dritten Besitzer Statt habe, und berufen sich zum Theil darauf, daß jene Klage eigentlich durch die Zahlung von Seiten des Schuldners begründet werde, theils im Besondern auf eine Stelle des canonischen Rechts [3]). Allein bei dem ersten Grunde ist übersehen, daß die Zahlung die Pfandhauptklage nur gegen den Gläubiger begründet, man also das zu Beweisende durch sich selbst beweist; in der canonischen Stelle ist aber gar nicht von der Pfandhauptklage die Rede.

Der einzige Fall, wo die Pfandhauptklage gegen einen Andern als den ursprünglichen Gläubiger und Pfandbesitzer gerichtet werden kann, ist der, wenn der Dritte mit Bewilligung des Eigenthümers an Stelle des ersten getreten ist.

Käufer über, sondern es wird ihm die Verfolgung [derselben] entweder als Beauftragten in eigener Sache oder abgeleitet zufolge dessen, was vorlängst verordnet ist, wie dem Gläubiger gestattet." Dem unbeschadet erkenne ich mit Mühlenbruch den eigentlichen Gegenstand des Zweifels darin gesetzt an, ob abgetretene dingliche Klagen stillschweigend durch utiles actiones ergänzt würden, oder ob hier der Uebergang immer nur noch zu den beschränkten Wirkungen erfolge, welche Folge der ehemaligen Mandatsform war?

1) Fr. 2. *de Pignoribus.* — Fidejussor qui pignora vel hypothecas suscepit, atque ita pecunias solvit, si mandati agat, vel cum eo agatur, exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet. Caeterum judicio quod de pignore dato proponitur conveniri non potest. (PAP. 3. *resp.*)

2) S. bei Glück XIV. (41.), darunter Mevius, Leyser, Berger, Werner, Struben u. a. m.

3) Cap. 6. X. *de Pignoribus.*

Dazu gehört eine Novation, weil dann der Verpfänder mit dem Dritten selbst in ein besonderes Verhältniß tritt. Es liegt also darin eigentlich keine Ausnahme, denn der alte Pfandcontract dauert nicht fort, sondern an seine Stelle tritt ein neuer. Dagegen muß der Meinung[1]) bestimmt widersprochen werden, daß gegen den Dritten die Pfandhauptklage auch dann Statt finde, wenn ihm die Sache im Auftrage des Eigenthümers durch dessen Gläubiger verpfändet worden, oder dieser ihm seine Klage abgetreten habe. Im ersten Fall kann dem Eigenthümer nur entweder die Klage praescriptis verbis gegen seinen eigenen Gläubiger, oder die Eigenthumsklage zugesprochen werden[2]); im andern kann der Eigenthümer, wenn der Gläubiger die Sache weiter verpfändet und ihm seine Klage abgetreten hat, diese gegen den Dritten zwar allerdings erheben, allein das könnte auch jeder andere Cessionar. Es liegt also darin nichts, was für deren unmittelbare Begründung in dem Verhältniß des Eigenthümers zu seinem Gläubiger oder einem Dritten spräche.

Die wider den ursprünglich hypothekarischen, durch die Servianische Klage in den Besitz gekommenen, Gläubiger zuständige Pfandhauptklage[3]) wird von Manchen[4]) als eine utilis bezeichnet; allein das ist nicht nur ganz unerwiesen[5]), sondern es läßt sich auch aus den Grundsätzen von den analogen Klagen nimmermehr rechtfertigen, weil das durch die Besitzergreifung der Hypothek entstehende pfandcontractliche

---

1) Glück's a. a. O. S. 167. nach Thibaut System des P. R. §. 662.

2) Fr. 27. *de P. A.* — Petenti mutuam pecuniam creditori, cum prae manu debitor non haberet, species auri dedit, ut pignori apud alium creditorem poneret. Si jam solutione liberatas receptasque eas is, qui susceperat, tenet, exhibere jubendus est. Quodsi etiam nunc apud creditorem creditoris sunt, voluntate domini nexae videntur; sed ut liberatae tradantur, domino earum propria actio adversus suum creditorem competit. (ULP. 6. *Opin.*) S. dazu die Randnote bei Russard.

3) S. Fr. 11. §. 5. *de P. A.* Fr. 34. *de Damno infecto.*

4) S. Bucher R. d. Foder. S. 359. Bachov hat dagegen schon ganz richtig behauptet, daß sich hierin Hypothek und Pfandcontract völlig gleichstehen.

5) S. Glück XIV. S. 154 ff. Denn Fr. 5. §. 21. *Ut in possessionem* spricht nur von einer Klage in factum.

Verhältniß kein dem Pfandcontract nachgeahmtes, sondern, nur durch eine andere Form entstanden, dieser selbst ist.

Ob übrigens der Verpfänder Eigenthümer sei, oder nicht, und in welchem rechtlichen Verhältniß er zum Pfande stehe, ist, da die Pfandhauptklage einzig auf dem Contracte beruhet, völlig gleichgültig, sie wird daher selbst dem Diebe oder Räuber ertheilt, um die verpfändete gestohlene oder geraubte Sache wieder zu erlangen u. s. w. [1])

Um die Klage mit Erfolg anzustellen, ist Tilgung der gesammten Schuld erfoderlich [2]). Eine Ausnahme findet natürlich bei solchen Pfändern Statt, die für bedingte oder künftige Foderungen bestellt und übergeben worden, wenn diese nicht eingetreten sind [3]). Der gänzlichen Tilgung der Schuld steht übrigens außer allen dahin gehörigen Auflösungsarten gleich: 1) auf geschehene Anweisung von Seiten des Gläubigers an einen Dritten geleistete Zahlung [4]); 2) wenn das Unterbleiben der Zahlung nicht an dem Schuldner, sondern am Gläubiger gelegen hat, also Verzug [5]). — Zurückfoderung ohne Tilgung der Schuld ist begründet: 1) wenn die Zurückgabe vertragsmäßig [6]) festgesetzt worden ist, z. B. wegen Bestellung anderer Sicherheit; 2) bei freiwilliger Auflassung des Pfandrechts überhaupt; 3) wenn die Verpfändung nur für einen gewissen Theil der Schuld geschehen ist [7]), nach dessen Berichtigung.

---

1) Fr. 9. §. 4. *de P. A.* Fr. 22. §. 2. *eod.*

2) Fr. 9. §. 3. *de P. A.* — Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfacta, ut nascatur pigneraticia actio. (ULP. 28. *ad Ed.*)

3) Fr. 11. §. 2. *eod.*

4) Fr. 11. §. 5. *eod.* — Solutam autem pecuniam accipiendum non solum si ipsi cui obligata res est, sed etsi alii sit soluta voluntate ejus, etc. (s. o. S. 177.) Allerdings folgt aus der Zahlung nicht unbedingt die Verpflichtung zur Rückgabe, und nicht ohne Ausnahme: z. B. nicht, wenn der Gläubiger dem Verpfänder das Pfand abgekauft hat, Fr. 20. §. 3. *de P. A.*

5) Fr. 20. §. 2. *eod.* — Si per creditorem stetit, quominus ei solvatur, recte agitur pigneraticia. (PAUL. 29. *ad Ed.*)

6) Fr. 9. §. 3. *eod.* — (Contin.) Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum: sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fidejussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nuda conventione, nascitur pigneraticia actio. Et generaliter dicendum est, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si ut ipse voluit, sibi cavit, licet in hoc deceptus sit.

7) Fr. 11. §. 3. *eod.*

Wer vor Tilgung der Schuld Klage erhebt, klagt zwar zu früh, allein er kann dennoch seinen Zweck erreichen, wenn er sich noch durch Angebot der erstern vor Gericht hilft [1]).

Die Pfandhauptklage wird von Aelteren [2]) und Neueren [3]) häufig für unverjährbar gehalten [4]). Allein wenn zwar das Pfand durch Verjährung von Seiten des Gläubigers niemals erworben werden kann [5]), so sind doch auch die beiden Constitutionen [6]), worauf man diese Meinung gründet, nur von der ordentlichen Klagenverjährung zu verstehen [7]); sie aber der allgemeinen römischen Klagenverjährung von dreißig und vierzig Jahren [8]) zu entziehen, ist kein Grund vorhanden. Diese Meinung ist auch als die herrschende gegenwärtig anzusehen; nur die Frage ist bis auf die neueste Zeit nicht ohne Widerspruch geblieben, wann die Verjährung anfange, ob sofort vom Augenblick der Verpfändung, oder von da, wo die Schuld abgetragen worden ist. Die Partei, welche die erste bejahet [9]), stützt sich darauf, daß die Tilgung der Schuld in des Schuldners Belieben beruhe, mithin der Pfandhauptklage ein Hinderniß nicht entgegenstehe und es

---

1) Fr. 9. §. ult. *eod.* — Qui ante solutionem egit pigneraticia, licet non recte egit, tamen si offerat in judicio pecuniam, debet rem pigneratam et quod sua interest, consequi.

2) S. bes. *Leyser* Medit. VIII. Vol. Sp. CLV. m. 9.

3) Kori Theorie der Verjährung §. 92. Vgl. *Baueri* resp. II. 49. S. 8. Scheidlin Misc. 5. Heft, S. 104. Vergl. Hohnhorst Jahrbücher u. s. w. II. S. 270.

4) Diese Frage wird auch unter der von der Verjährbarkeit des Wiedereinlösungsrechts verstanden, s. Overbeck Medit. II. S. 239., welches jedoch dann von dem S. 531. gedachten verschieden ist.

5) Fr. 13. pr. *de Usurpat. et Usucap.*

6) C. 10. *de Pignerat. Act.* — Nec creditores, nec qui his successerunt, adversus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita jure debiti quantitate, vel his non accipientibus, oblata et consignata et deposita, longi temporis praescriptione muniri possunt. Unde intelligis, quod si originem nec probare potes, adversario tenente vindicare dominium debes. — C. 12. *eod.* — Quo minus fructuum quos creditor ex rebus obligatis accepit, habita ratione, ex residuo debito soluto, vel si per creditorem factum fuerit, quo minus solveretur, oblato et consignato et deposito, pignora quae in eadem causa durant, restituat debitori, nullo spatio longi temporis defenditur.

7) Vgl. Unterholzner Verjährungslehre §. 264. Th. II. S. 328.

8) C. 3. *de Praescript. 30. v. 40 ann.*

9) Von den Neueren Unterholzner's a. a. O., von den Aelteren wenige, s. Glück XIV. S. 170. (49.)

also eine Nachlässigkeit des Schuldners sei, seinen Gläubiger nicht binnen rechtsverjährter Zeit zu befriedigen. Die zweite[1]) widersprechende, geht davon aus, daß erst nach der Zahlung die Klage eine Actio nata sei, und die Verjährbarkeit einer Klage erst dann anfangen könne, wenn die rechtliche Möglichkeit, sie zu erheben, vorhanden sei, und dazu gehöre, wie bekannt, die Zahlung. Allein keine dieser Ansichten ist richtig; die Verjährung muß vielmehr von dem Tage anheben, wo die Hauptschuld zahlbar ist. Denn erst von da an beruhet es in der Willkühr des Schuldners, die Zahlung zu bewirken, weil er früher den Gläubiger nicht zu deren Annahme zwingen kann; ist kein Zahlungstermin festgesetzt, so fängt die Verjährung von da überhaupt an, wo der Schuldner sich im Verzuge befindet. Dabei ist auch keinesweges die Nachlässigkeit in Zahlung der Hauptschuld mit der in Zurückfoderung des Pfandes verwechselt; allein die erste kann wenigstens ohne die letzte nicht gedacht werden. Da nun mit dem Zahlungstage oder dem Eintreten des Verzugs, des Schuldners, die Möglichkeit entsteht, die Pfandhauptklage zu erheben, wofern nur der Schuldner seiner contractgemäßen Verpflichtung nachkommt, so müßte man, wenn man dessen ungeachtet den Anfang der Verjährung erst nach der Zahlung setzen wollte, in der That dem Schuldner aus seiner eigenen contractwidrigen Handlung einen Vortheil zugestehen [2]). Danach tritt also der Anfang der Verjährung für die Schuldklage und die Pfandhauptklage zu gleicher Zeit ein; so ist es eine ganz natürliche Erscheinung, daß beide zu einer Zeit verloren gehen, womit die Regel, unicuique sua negligentia nocet non alii [3]), in vollem Einklang steht. Zöge nemlich der Gläubiger auch daraus Vortheil, daß er die Anstellung der Schuldklage unterläßt, indem er dann das Pfand behalten kann, so würde doch dieser Umstand als Gegenbeweisgrund darum ganz und gar untauglich sein, weil die

---

1) Glück's a. a. O., welche die meisten Anhänger zählt, (50.)

2) Dem ist auch Fr. 9. §. 3. *de P. A.* nicht entgegen, indem dort der Nachdruck nicht auf *soluta*, sondern auf *omnis* ruhet. Es stützt sich darauf nemlich Gesterding S. 422.

3) Fr. 173. §. 2. *de R. J.*

Pfandhauptklage nicht sowohl dadurch verjährt, daß der Gläubiger keine Zahlung fodert, mithin seine Schuldklage der Verjährung überläßt, sondern dadurch, daß der Schuldner die Zahlung nicht anbietet, und sich selbst damit, als einer ihm noch dazu rechtlich obliegenden Handlung, die Pfandklage rechtlich möglich macht; er ist also kein agere non v*a*lens, sondern ein agere non v*o*lens.

Eine Meinung endlich, die sehr der Berichtigung bedarf, ist die allgemein geltende [1]), daß die römisch-rechtliche Verjährbarkeit der Pfandhauptklage durch das canonische Recht ganz aufgehoben sei, weil solche Klagen, die auf Herausgabe einer fremden Sache gehen, insofern der Besitzer zur Fortsetzung des Besitzes berechtigt werden soll, nur bei vorhandenem, hier also fehlendem, guten Glauben zu denken sei. Allein die bezüglichen Stellen [2]) handeln unzweideutig von der erwerbenden Verjährung, nicht von der der Klagen; und wollte man die Vorschrift des canonischen Rechts vom guten Glauben soweit ausdehnen, daß er auch auf Seiten des zu Verklagenden bei der Klagenverjährung erfodert würde [3]), so würde diese außer für Erben und Nachfolger ganz und gar wegfallen müssen, und von einer solchen durch Nichtgebrauch auch nicht mehr die Rede sein können. Offenbar ist der gute Glaube nichts weiter als ein Zubehör des Besitzes (oder Quasi-Besitzes) bei der Verjährung; wenn nun aber ein solcher bei der Klagenverjährung gar nicht Statt hat, so muß auch der gute Glaube als ein gleichgültiger Umstand betrachtet werden, sobald nicht zugleich ein Erwerb für den

1) Glück a. a. O. S. 177. Unterholzner a. a. O.

2) Die beiden Stellen, auf welche es ankommt, sind: C. 5. X. *de Praescript.* (Lib. II. Tit. 26.) u. 20. *eod.* — Vigilanti studio cavendum est, ne malae fidei possessores simus in praediis alienis: quoniam nulla antiqua dierum possessio juvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam se aliena noverit possidere; cum b. f. possessor dici non possit. — Quoniam omne quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio desinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica quam civilis, cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte, rei habet conscientiam alienae.

3) Vergl. die Entwickelung von Unterholzner Th. I. §. 92.

Verjährenden auf der andern Seite damit verbunden werden soll. Darum muß also für den Verpfänder zwar die Pfandhauptklage, der canonischen Vorschrift ungeachtet und unbeschadet, für verjährbar nach wie vor angesehen werden, dagegen bleibt aber die Eigenthumsklage natürlich gegen den Gläubiger zuständig, denn diese allein verjährt wegen der canonischen Vorschrift gar nicht mehr [1]). Zur Vermeidung des Irrthums, als laufe dies doch nur auf Eins hinaus, braucht man sich nur des Zwecks jeder Klage zu erinnern. Hiernach wird um so mehr jede Bedenklichkeit schwinden, die Pfandhauptklage darum nicht für verjährbar zu halten, weil der Pfandbesitzer nicht im guten Glauben sein könne, oder dieser für ihn in Betracht komme. Denn wie eine Verletzung desselben z. B. möglich sei, wenn der Gläubiger wegen angerichteten Schadens, dessen Ersatz doch gar keine absolute Nothwendigkeit ist, sondern nur davon abhängt, daß der Verpfänder Klage erhebt, zur rechten Zeit nicht belangt wird, und also die Pfandhauptklage darauf verjährt, ist ebenso wenig einzusehen, als die Folgerichtigkeit der entgegengesetzten Meinung, wenn sie zugiebt [2]), der Gläubiger dürfe sich dann auf die Verjährung der Pfandhauptklage berufen, wenn er die Sache verloren habe, und dafür verantwortlich gemacht werden solle. Denn danach wäre ja die Klage willkührlich verjährbar und nichtverjährbar, je nachdem sie auf diesen oder jenen Gegenstand gerichtet wird? Gewiß hat der Umstand, daß man sich bei der Frage von der Verjährbarkeit dieser Klage und der Anwendung des canonischen Rechts darauf, nicht davon losmachen konnte, das Pfand stets im Besitz des Gläubigers zu sehen, und dessen Absicht, es gegen den Verpfänder zu behaupten, als vorwaltend zu betrachten, zu der Verirrung eine nicht geringe Veranlassung gegeben.

2. Außer den für den Verpfänder begründeten und bisher schon neben der Pfandhauptklage gedachten Klagen ist im Besondern noch folgender zu gedenken.

---

1) d. h. ohne daß auf der andern Seite Erwerb durch guten Glauben Statt findet, s. Walett Lehrbuch der Pandecten §. 163.

2) Unterholzner a. a. O.

Mit der Eigenthumsklage gegen den dritten Besitzer trifft ausnahmsweise eine Klage in factum zusammen, wenn der Gläubiger dem Käufer des Pfandes die Zurückgabe desselben dann zur Bedingung gemacht hat, wenn der Verpfänder ihm die Kaufsumme angeboten haben würde. Doch hat der Verpfänder in diesem Fall auch die Pfandhauptklage gegen den Gläubiger Behufs der Abtretung seiner Klage gegen den Käufer aus dem Verkauf [1]). Hat endlich der Schuldner selbst in die Besitzübertragung einer Sache, die kein Pfand ist, sondern die er dem Gläubiger, welcher Zahlung verlangte, in Ermangelung baaren Geldes zum Verpfänden übergiebt, an einen Dritten, also einen Obergläubiger gewilligt, so erhält er nach der Zahlung (deren Weiterbesorgung dann dem ersten Gläubiger obliegt), eine eigene Klage, d. h. praescriptis verbis, gegen seinen Gläubiger, er mag schon wieder in dem Besitz der Sache sein oder nicht, welche die pfandfreie Rückgabe derselben zum Zweck hat. (Vgl. S. 608.)

Neben der Pfandhauptklage steht dem Verpfänder auf Rückgabe des Pfandes nach vorangegangener Zahlung eine certi Condictio zu [2]). Dies nach den allgemeinen Grundsätzen über die Condictionen und deren Begründung [3]), denn die specielle Erklärung der Aelteren [4]) darf als verunglückt bezeichnet werden, da ihre Ansichten über die Condictionen

---

1) Fr. 13. pr. *de P. A.* — Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emtorem, ut si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Julianus, et est rescriptum, ob hanc conventionem pigneraticiis actionibus teneri creditorem ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem. Sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emtorem agere. (ULP. 38. *ad Ed.*) Wegen des Uebergangs der Klagen s. *Donell.* l. l. p. 510. und Mühlenbruch Cession S. 83. (S. 96. d. n. Ausg.)

2) Fr. 9. pr. *de Rebus cred.* und Fr. 4. §. 1. *eod.*

3) S. Gans röm. Obligationenrecht, bes. S. 127. Bethmann-Hollweg Versuche S. 37 ff. Zimmern Civilproceß §. 61. Alles vor Gans ist fast ganz unbrauchbar; vgl. noch Wening a. a. O. Th. II. S. 49. Valett a. a. O. §. 141. 393. 444.

4) S. z. B. *Cujac.* Comm. ad ll. dd. Opp. T. VII. p. 639. *Gul. Barclaj.* ad easdem ll. (Thes. Ott. T. III. p. 827.) *Emund Merill.* ad easd. leg. (ib. p. 661.)

überhaupt, so dunkel auch diese Lehre noch heutigen Tages ist, und beim Zustande unserer Quellen wohl bleiben wird [1]), mindestens gewiß nicht die richtigen sind. Richtiger Erklärung nach [2]) entspringt diese Condiction für den Pfandgläubiger aus dem zufälligen Zusammentreffen der Condictionen, auch aus einem Haben ohne Grund, welches hier als Entstehungsursache sich geltend macht, mit allen bonae fidei Klagen; sobald ein certum, gleichviel aus welchem Contract, condicirt werden kann, ist eine certi condictio begründet, für den Verpfänder also nach Zahlung der Schuld in Betreff des Pfandes, weil der Gläubiger es ohne Grund festhält. Die Condiction ist mithin hier in der That die Contractsklage in anderer Gestalt und unter anderm Namen. Da übrigens der formelle Unterschied der Klagen gegenwärtig ohne Einfluß, und Benennung nach dem Kunstwort nicht mehr nöthig ist, so wird die practische Wichtigkeit der Condiction für den Gläubiger darum gering sein, weil die Pfandhauptklage mit ihr in den wesentlichen Bestandtheilen gleich ist, und wohl nur darauf beschränkt, wenn und worin die letztere im Einzelfall nicht anwendbar sein sollte, also aus den dann etwa vortheilhafteren Grundsätzen der erstern eine bereits erhobene Klage des Verpfänders aufrecht zu erhalten wäre.

Endlich ist der Auftragsklage noch zu gedenken, welche der Bürge, oder Dritte, der für den Schuldner ein Pfand bestellt hat, wider diesen wegen deren Rückgabe, oder auf Abtretung seiner Klage wider den Gläubiger erhält, wenn er mit diesem nicht selbst contrahirt hat [3]).

3. Die Pfandgegenklage (pigneraticia contraria actio) fällt hier von keiner Seite [4]), als der ihres Zwecks, weshalb auf §. **27.** zu verweisen ist, in weitern Betracht; sie unterliegt durchaus den gewöhnlichen Regeln über die persönlichen Klagen.

---

1) Bethmann-Hollweg am a. O.

2) Gans a. a. O.

3) C. 2. *Mandati.* — Cum ex caussa fidejussionis pecuniam patrem tuum exsolvisse proponas, habes mandati actionem, qua non solum pecuniam sed etiam pignora in obligationem deducta potes consequi.

4) Vgl. Glück XIV. S. 156.

Elfter Abschnitt.

Von dem Zusammentreffen verschiedener Pfandgläubiger.

§. 63.

Uebersicht.

Das Zusammentreffen [1]) verschiedener [2]) Pfandgläubiger zu demselben Gegenstande fällt hauptsächlich für die Befriedigung aus dem Pfande in Betracht. Der Natur der Sache nach macht nemlich jeder sein Pfandrecht an der ganzen Sache geltend [3]), weil dieses an demselben ungetheilt besteht; reicht der Gegenstand zur Befriedigung Aller hin, so hat das Zusammentreffen Mehrerer nichts juristisch Merkwürdiges. Im entgegengesetzten Fall entstehen die Fragen, welche dieser Abschnitt zu beantworten hat: erstens, ob und welches Pfandrecht vor dem andern den Vorzug habe? woraus die zweite folgt: wie gestaltet sich der Kreis der Befugnisse des vorgehenden gegen den nachstehenden, und umgekehrt [4])? — Diese

---

1) Der römische Ausdruck concurrere wird freilich wohl nur von solchen Pfandrechten gebraucht, die mit gleicher Wirkung und Stärke an einem Pfande haften, Gesterding S. 238. Hepp angef. Recension S. 510., allein im Deutschen bedient man sich dessen: Zusammentreffen, sowohl von solchen, als von andern sich einander ausschließenden und übertreffenden, s. Hepp im Archiv Bd. X. S. 306. 8.

2) Wir wählen diesen Ausdruck im Gegensatz zur Ueberschrift von §. 49. S. oben nachher.

3) Fr. 12. pr. *Qui potiores.* §. 3. *eod.* — Si idem bis, i. e. ante secundum et post eum crediderit, in priore pecunia potior est secundo, in posteriore tertius est. (MARC. *l. l.*)

4) Vgl. Gesterding a. a. O. Fritz S. 496 ff. Valett §. 358. *Mühlenbruch* Doctr. Pand. §. 323.

Fragen kommen im römischen Rechte vor: bei der Geltendmachung der Rechte mehrerer Gläubiger auf den Besitz des Pfandes, und bei der Ausübung des Verkaufsrechts, sowie für die Ansprüche auf die Hyperocha; gegenwärtig aber drittens ganz besonders im Concurse der Gläubiger.

Der Fall, wenn mehrere Pfandrechte dergestalt zusammentreffen, daß zwischen den mehreren Gläubigern eine Gemeinschaft am Pfande besteht, ist bereits §. 49. abgehandelt worden; er paßt auch der Ueberschrift dieses Abschnitts nach nicht hierher, vielmehr würden die mehreren Pfandgläubiger aus jenem hier nur als eine Person erscheinen, oder ihr Interesse wenigstens zu andern Pfandgläubigern ein durchaus gemeinschaftliches sein. Es sind also für die erste vorhergestellte Frage, wie schon ihre Fassung andeutet, nur solche Pfandrechte zu verstehen, welche unabhängig, selbstständig und ohne eine solche Gemeinschaft entstanden sind; mithin auch die in §. 49. unter II. gestellten. Dieser Unterschied wird in der Regel dadurch bezeichnet, daß man gleichzeitig und verschiedenzeitig entstandene einander gegenüberstellt, allein er ist weder strenge genug, noch ausreichend. Es können nemlich Pfandrechte zu gleicher Zeit entstehen, die an keine Gemeinschaft des Pfandes denken lassen, und sich einander auch ausschließen; so z. B. ist die gleichzeitige Entstehung gesetzlicher bevorzugter mit der vertragsmäßiger möglich. Auf der andern Seite giebt es aber wiederum ganz unabhängig von einander entstehende Pfandrechte, gesetzliche und ausdrückliche, welche in solidum an demselben Pfande zusammentreffen, ohne daß sie nach der gewöhnlichen Theorie zu den gleichzeitig entstandenen gerechnet würden, wenigstens nicht ausdrücklich gezählt werden; dahin gehören die Pfandrechte verschiedenartigen aber gleichzeitigen Ursprungs, insofern sie einander nicht ausschließen, und dann alle nicht bevorzugte an künftigen Sachen. Für diese können keine andern als die §. 49. unter I. a. entwickelten Grundsätze zur Anwendung kommen.

Die vorher aufgeworfenen beiden Fragen müssen für mehrere Klassen von Fällen gestellt und beantwortet wer-

den [1]). Es kann nemlich der Umstand bei Beantwortung derselben vom wesentlichsten Einfluß sein, von welchem Verpfänder der eine Pfandgläubiger im Verhältniß zum andern sein Pfandrecht ableite, ob von derselben, oder von verschiedenen Personen. Zu den verschiedenen Personen gehört außer mehreren Verpfändern derselben Sache, welche in keinem solchen Verhältnisse zu einander stehen, auch die Verpfändung des Pfandgläubigers, d. i. die Afterverpfändung. Die Stellung mehrerer auf diese Weise es gewordenen Pfandgläubiger wird neuerlich häufig ein Successionsverhältniß genannt, im Gegensatz zu der aller übrigen Pfandgläubiger, welche man in einem coordinirten Verhältniß stehend bezeichnet [2]). Außerdem und ganz abgesehen von den bisher gedachten, auf ein solches Verhältniß einflußreichen Umständen kann für dasselbe noch von wesentlichster Bedeutung werden, wenn ein Pfandrecht ein besonderes Vorzugsrecht genießt. Zum Unterschied von der letztern Art des Vortritts braucht man für die erstere den Begriff Priorität im engern Sinne. Alles dieses muß im Folgenden genauere Berücksichtigung finden.

§. 64.

Von der Priorität.

Man kann zwar hier die Eintheilung der Pfandrechte in:

I. solche, welche mehrere an der Zahl von einer Person oder deren Autoren abgeleitet werden, und

II. in solche, deren §. 66. gedenkt, als zweckmäßig und wohlbegründet annehmen, allein die Afterverpfändungen können nur in einem gewissen Sinne in dieser Klasse genannt werden, insofern nemlich, wenn man sie mehrfach wiederholt denkt, jeder Verpfänder abwärts Autor des andern ist. Dagegen halten wir sie für durchaus nicht geeignet, beim Zusammentreffen mehrerer Pfandgläubiger und namentlich

---

1) Das Verdienst, auf diesen Unterschied aufmerksam gemacht zu haben, gebührt Löhr'n, im Archiv VI. S. 154. und XIV. Nr. 7. Schon früher hat auch Thibaut civil. Abhandl. Nr. 13. darauf hingedeutet, und die Anwendung hat Fritz S. 497 ff. dann ausführlich gemacht.

2) Fritz a. a. O.

bei der Priorität abgehandelt und erörtert zu werden, indem ja ein Rangstreit zwischen ihnen so wenig denkbar ist, wie zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger, denn nur in dieser Eigenschaft treten sie einander entgegen, nicht in der als Gläubiger. Es geht also in der That nur jeder Gläubiger seinem Verpfänder vor, da es stets die Absicht des letztern ist, daß der erstere sein Recht ausüben solle. Ob der Afterverpfänder übrigens zugleich Schuldner ist, oder für einen Andern das Pfand bestellt, ist einerlei. Es kann auch dabei kein Umstand, welcher außer dem Alter sonst auf das Rangverhältniß Einfluß hat, und der etwa einem Verpfänder zur Seite stände, in Betracht kommen, nur würde diese Wirkung dann nicht ausbleiben, wenn desselben Pfandgläubigers Pfand mehreren seiner eigenen Gläubiger haftete.

Diese allgemeinen Bemerkungen genügen hier, um das angedeutete s. g. Successionsverhältniß näher zu bezeichnen und richtig zu erkennen; allein dem Afterpfandrecht selbst haben wir eine andere Stelle (oben §. 23.) angewiesen, die ihm aus objectiven und subjectiven Gründen mehr zuzukommen schien, obwohl nicht zu leugnen ist, daß, da es durch alle Phasen der Lehre vom Pfandrecht sich hindurchzieht, und fast alle Grundsätze desselben, und alle Umstände, welche dabei vorkommen können, auf dasselbe von Einfluß sind, ihm eigentlich wohl der schicklichste Platz in einem besondern Anhang angewiesen werden dürfte.

Wir behalten also unter Zahl I. nur die, wie man es zu nennen pflegt, in einem coordinirten Verhältniß stehenden Pfandrechte übrig, obwohl dieser Ausdruck eigentlich zu wenig sagt, d. i. nemlich, um sie negativ am schärfsten zu bezeichnen, diejenigen, auf deren Rang gegen einander solche Gründe, welche der Person des Pfandschuldners entnommen sind, gar keinen bestimmenden Einfluß haben, m. a. W. also solche, welche von einer und derselben Person, oder, wenn von mehreren, doch in einem Verhältniß der Nachfolge des Rechts an der Sache, Eigenthums, dergestalt stehenden abgeleitet werden, daß jeder die Handlungen seiner Vorgänger in Bezug auf das Pfand als ihn bindend anerkennt, oder wenigstens ihm gleiche Befugniß zum Verpfänden zuge-

stehen muß. Denn mehrere Verpfänder, welche zu einander in dem Verhältniß von Autoren stehen, stellen eine Person vor. Ist Universalnachfolge die Veranlassung davon gewesen, so war man bisher stets darüber einverstanden, daß die mehreren Pfandrechte als von einer Person bestellt zu betrachten seien, soweit nicht die prätorische Wohlthat der Absonderung eine Verschiedenheit erzeugte. Wiewohl nemlich Manche bezweifeln, daß sie den Pfandgläubigern gegen einander zustehe [1]), so spricht doch dafür nicht nur der Mangel alles Grundes, sie auszuschließen, sondern auch die absolute Anwendbarkeit ihrer allgemeinen Gründe auf die Pfandgläubiger überhaupt [2]). Nach Verlauf der fünfjährigen Frist dazu muß freilich das Absonderungsrecht auch für sie erlöschen, und dann die bevorzugten Pfandrechte aus der Zeit des Erben den einfachen älteren vom Erblasser noch bestellten vorgehen. — Für den Fall der Rechtsnachfolge durch besondern Titel hingegen stoßen wir auf die Streitfrage von dem auch hierbei vorkommenden (nichtprätorischen) Absonderungsrecht, die wir wegen der im Einzelnen dabei wesentlich betheiligten bevorzugten Pfandrechte aufschieben müssen, bis wir von diesen gehandelt haben.

Die Rangfolge der hier gemeinten Pfandrechte entscheidet nun als Regel [3]): das Alter des einzelnen Pfandrechts, nicht der Foderung [4]), in den Quellen selbst Privilegium temporis genannt [5]); als Ausnahme: besonderer positivrechtlicher Vorzug, welcher wieder dreifach sein kann, indem er entweder auf absolutem Privilegium, oder Verwendung auf das Pfand, oder Oeffentlichkeit des Pfandrechts beruht; für zusammentreffende bevorzugte Pfandrechte macht sich die

---

1) Für die Lehre vom Pfandrecht ist hier zu bemerken, daß wer dieses Absonderungsrecht ausüben könnte, sich aber ein Pfandrecht vom Erben bestellen läßt, des erstern dadurch verlustig geht. Fr. 1. §. 15. *de Separation.*

2) Fr. 1. §. 3. *de Separationibus.* — Vgl. Wächter im Archiv Bd. XIV. S. 396. Anm. 52.

3) Daher der Grundsatz: Sicut prior es tempore, potior es jure in C. 4. *Qui potiores*, C. 8. 12. §. 1. *eod.* Fr. 2. 8. *eod.*

4) Fr. 11. pr. und 12. §. 2. *Qui potiores.*

5) Fr. 10. *eod.* und C. 12. §. 1. *eod.*

Regel des Alters wieder von Neuem geltend, und als Ausnahme ebenfalls der besondere Vorzug. — Dieser Regel liegt die Voraussetzung zum Grunde [1]), daß der Verpfänder das von ihm selbst dem Pfandgläubiger eingeräumte Recht auf keine Weise beeinträchtigen dürfe, und daß jede spätere Verfügung desselben darüber, oder sonst eines Jeden, wer später ein Recht dazu erlangt habe, nur mit Berücksichtigung einer bereits darüber gültig bestehenden Obligation, wegen deren dinglichen Characters, rechtliche Geltung haben kann. Damit steht denn auch der Grundsatz völlig in Einklag und Wechselbeziehung, nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet. Auch konnte sich ja für den Zweck des Pfandrechts überhaupt, d. h. die Sicherung des Privatcredits im bürgerlichen Verkehr, kein geeigneteres und näher liegendes Schutzmittel der Gesetzgebung darbieten.

Diese Regel hat auch auf den Fall Anwendung gefunden, daß ein Nichteigenthümer mehrere Pfandrechte ertheilt hat [2]). Sie ist überhaupt eine allgemeine, und erstreckt sich gleichmäßig auf freiwillige und auf nothwendige [3]), auf besondere und allgemeine [4]), auf Hypotheken und Faustpfänder [5]), so daß das ältere ohne Einfluß der Entstehungsart dem jüngern vorgeht. Nur die prätorischen Pfandrechte machen hiervon unter einander eine Ausnahme (s. S. 349.), im Gegensatz ihrer zu andern bleibt es bei der Regel. Eine Ausnahme fand ferner davon bei der wegen drohenden Schadens geschehenen Besitzeinsetzung Statt, gegen die der ältere Gläubiger nur nach Ersatz der Baukosten sein Recht geltend machen konnte [6]); man kann sie übrigens zu den Fällen der in rem versio rechnen (s. auch S. 580. E.), welche die von der bisher gelehrten Regel umgekehrte begründet, daß das

1) Fritz S. 498.

2) Fr. 14. *eod.*

3) Fr. 8. *eod.*

4) Fr. 2. *eod.* vgl. Glück XIX. S. 231. (18.) Der von Manchen behauptete Vorrang eines jüngern besondern Pfandrechts gegen ein älteres allgemeines ist nach Fr. 2. *Qui potiores* irrig. Vgl. *Donell.* l. l. p. 521 sq. s. o. S. 470. und §. 65. in d. Anm. kurz vor 3. a E.

5) Fr. 12. pr. §. 10. *eod.*

6) Fr. 12. 44. §. 1. *de Damno inf.*

jüngere Pfandrecht allemal dem ältern vorgeht [1]). — Für später erworbene Sachen (res futurae) ist bereits oben S. 386 ff. gezeigt worden, daß allgemeine oder besondere auf sie erstreckte Pfandrechte unabhängig vom Alter einander gleichstehen.

Die Unzulänglichkeit oder Unanwendbarkeit der Regel vom Vorzug des Alters in solchen Fällen, wo die Thatsachen nicht klar hervortreten, um diesen Maaßstab anzulegen, veranlaßt zu folgenden Grundsätzen:

a. Läßt sich das Alter keines einzigen mehrerer zusammentreffenden Pfandrechte bestimmen, so entscheidet der Besitz über den Vorrang [2]). Dies läßt sich zwar unmittelbar mit keiner Gesetzstelle belegen [3]), allein es ist darum anzunehmen, weil der Besitzer des Pfandes der Klage stets die Einrede entgegensetzen kann, daß ihm die Sache selbst verpfändet sei, und der Grundsatz, daß in pari caussa possidentis conditio melior sit Platz ergreift. Ist aber keiner im Besitz, so muß der Umstand entscheidend werden, wer von den mehreren Gläubigern zuerst in den Besitz kommt. Eine gemeinschaftliche Theilnahme nach Maaßgabe ihrer Foderungen als allgemeine Regel anzunehmen, ist falsch [4]); diese wird nur dann eintreten müssen, so daß also auch z. B. bei einem besondern Pfande die mehreren Gläubiger wie einer betrachtet werden, (gegen noch andere zusammentreffende gehalten,) wenn es sich um Befriedigung solcher Pfandrechte in unserem heutigen Concurs handelt, ohne daß bis dahin einer in den Besitz gekommen ist; hat letzteres Statt gefunden, so muß freilich der Besitz hier wie dort einen Vorzug begründen.

b. Trifft ein Pfandrecht, dessen Alter bewiesen werden kann, mit andern zusammen, für welche dies nicht möglich ist (die auch nicht etwa vor jenem wenigstens bestanden haben,

---

1) Fr. 5. *Qui potiores*, s. Wening S. 432. *Mühlenbruch* l. l. §. 323. II. (2.)

2) Wening a. a. O. S. 432. Glück XIX. S. 331.

3) Fr. 10. *de Pignoribus*, und Fr. 1. §. 1. *de Salv. Interd.* worauf sich die vorher genannten berufen, beweisen es nicht, weil sie gleichzeitige Verpfändung voraussetzen.

4) Irrig beruft man sich dafür auf Fr. 16. §. 8. *de Pignorib.* wo ein ganz anderer Fall vorkommt.

so daß ihr relatives Alter erwiesen werden kann), so hat jenes vor den übrigen den Vorrang. Aus den Quellen läßt sich dies zwar auch nicht erweisen, doch sind die Rechtslehrer darüber von jeher einig gewesen [1]). Das Gleiche nehmen ebenfalls Alle dann an, wenn das Alter des einen Pfandrechts aus einem gewissen Zeitraum, z. B. einem ganzen Jahre, erweislich, und das andere an einem bestimmten Tage dieses Jahres entstanden ist. Die Fälle können sich hier sehr mannigfaltig und verschiedenartig gestalten; z. B. wenn ein kleinerer Zeitraum bei der Pfandbestellung genannt ist, etwa: um Ostern. Dann geht das Pfandrecht freilich den nach Ostern bestellten vor, allein keineswegs denen, die von einem bestimmten Tage aus der Zeit herrühren, die nach dem Sprachgebrauch unter jener Zeitbestimmung begriffen wird. Es ist mithin stets das Allgemeine, welches gegen das Bestimmte zurücksteht, und dieser Grundsatz muß so festgehalten werden, daß ein z. B. „am 1. Januar 1836" bestelltes Pfandrecht dem unbestimmten „im Jahre 1836" bestellten ebensowohl vorgeht, wie das „den 31. December 1836" errichtete, nur darf im letztern Fall freilich nicht die letzte Zeit des Tages namhaft gemacht sein, so daß es physisch unmöglich gewesen sein würde, an dem Tage noch ein Geschäft vorzunehmen. Derselbe Unterschied und Grundsatz wird analog auch dann angewendet, wenn zwei Pfandrechte von einem Tage datirt sind, und für das eine die Stunde angegeben ist, wobei jedoch die Praxis ebenfalls darauf sieht, ob die bemerkte Stunde eine der letzten am Tage ist, oder nicht, wonach die Vermuthung für und wider den Gläubiger streite [2]).

§. 65.

Von den bevorzugten Pfandrechten.

Bevorzugte (privilegirte) Pfandrechte heißen im Gegensatz zu solchen, die nur nach dem Alter auf einander in der Ausübung der pfandrechtlichen Befugnisse und Befriedi-

---

1) Wening u. Glück a. a. O. und die dort genannten.
2) Glück a. a. O. S. 333.

gung aus dem Pfande folgen, diejenigen, welche älteren und gleichzeitig entstandenen kraft einer besondern ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift vorgezogen werden. Zu diesen gehören im weitern Sinne auch die öffentlichen Pfandrechte, welche jedoch mit jenen nichts weiter gemein haben, sondern ihr Vorzugsrecht nur gegen private vertragsmäßige geltend machen, während sie zu ersteren im Verhältniß einfacher Pfandrechte stehen. Bevorzugt sind theils gesetzliche, theils vertragsmäßige Pfandrechte. Der Grund des Vorzugs beruht theils in einer besondern Begünstigung der Person, theils in der Beschaffenheit der Foderung, wofür das Pfandrecht haftet.

Nicht mit Unrecht sind die bevorzugten Pfandrechte als ein der spätern Zeit des römischen Rechts so zur Last fallender Auswuchs, wie kein anderer, stets gebrandmarkt worden [1]), indem alle nur eine vermeintliche Billigkeit gegen das klare Recht in Schutz nehmen; nur von denen mögte dies weniger gelten, welche für Foderungen bestehen, die auf das Vorhandensein oder die Erhaltung des Pfandes selbst von Einfluß gewesen sind. In geschichtlicher Reihenfolge sind diese Pfandrechte bevorzugt worden [2]):

1. Schon von Ulpian und Papinian werden zwei Umstände als auf den Rang der Pfandrechte außerordentlicher Weise von Einfluß anerkannt, in Folge deren jedoch — da sie mit nur zwei Ausnahmen zu ihrer Begründung Vertrag voraussetzen, — der Vorzug schon von den Römern für aus der Natur der Verhältnisse, nicht aus Privilegien abgeleitet gehalten wird [3]), nemlich physische Erhaltung (conservatio) eines Pfandes durch ein jüngeres Darlehn, und Erwerbung einer Sache mit fremdem Gelde, welche für diesen Fall schon im Voraus älteren Gläubigern verpfändet ist [4]). In beiden

1) Thibaut civilist. Abhandl. S. 308.

2) Zimmern R. Rechtl. Untersuchungen, Nr. XI. S. 282 ff. Fritz a. a. O. S. 499. Seuffert a. a. O. II. S. 118 ff.

3) Fritz S. 499.

4) Fr. ult. §. 1. *Qui potiores*. — Negotiatori marmorum creditor sub pignore lapidum, quorum pretia venditores ex pecunia creditoris acceperant (numeravit); idem debitor conductor horreorum Caesaris fuit, ob quorum pensiones aliquot, annis non solutas Procurator exactioni praepositus ad lapidum venditionem officium suum extendit; quaesitum est, an

Fällen ist die Foderung des jüngern Gläubigers die Veranlassung zur Möglichkeit für den ältern, gerade aus diesem Pfande Befriedigung zu erhalten, und nun erkennt das römische Recht die Folge an, daß ein solcher jüngerer Gläubiger, (von mehreren also für den ersten Fall stets der jüngste,) in Ansehung seiner Foderung — Capital und Zinsen, — vor den übrigen älteren aus dem Pfande Befriedigung suchen dürfe [1]). Betrachten wir beide rechtliche Erscheinungen für sich.

a. Die Allgemeinheit der Regel, daß das Pfandrecht für ein Darlehn bevorzugt sein solle, welches die physische wie juristische Erhaltung einer Sache jeder Art in ihrem ursprünglichen Zustande [2]), oder dessen Wiederherstellung und alles dazu Erfoderliche, innerhalb dieser Grenzen aber auch ohne alle Beschränkung, möglich machte, darf mit Recht aus dem Anführen einzelner Fälle [3]), und der gesetzlichen Anerkennung des Vorzugs für sie gefolgert werden, als: Aus-

---

jure pignoris eos creditor retinere possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, posse. (SCAEV. 27. *Dig.*)

1) Zimmern a. a. O. S. 283. (2.) *Donell.* p. 531.

2) Für Verbesserungen über diesen hinaus kann man aber kein bevorzugtes Pfandrecht annehmen, wie Wening a. a. O. S. 429. thut, denn dazu fehlt es an allem Grunde, und welche Gefährdung der älteren Pfandgläubiger könnte dadurch eintreten! —

3) Fr. 5. *Qui potiores.* 6 pr. *eod.* (s. o. S. 341.) §. 1. Item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvae fiant, vel ut naulum exsolvatur, potentior erit, licet posterior sit, nam et ipsum naulum potentius est. §. 2. Tantundem dicetur, et si merces horreorum vel areae, vel vecturae jumentorum debetur, nam et hic potentior erit. — Fr. 26. *de Rebus auctoritate jud.* — Qui in navem exstruendam vel instruendam credidit vel etiam emendam, privilegium habet. (PAUL. 16. *brev. Ed.*) Das dem Verkäufer einer Sache, welche der Käufer verpfändet hat, nach dieser Verpfändung gezahlte rückstellige Kaufgeld und Zinsen gegen Verpfändung der Sache, kann jedoch aus Fr. 3. §. 1. *Qui pot.* (S. 87.) wohl nicht hieher gezogen werden, sondern gehört mehr der hypothekarischen Nachfolge mittelst ausschließlicher Verhandlung mit dem Schuldner an, s. o. S. 421. 1. u. ist auch nach den dort aufgestellten Grundsätzen von der Absicht und ausdrücklichen Uebereinkunft zu erklären, da in dieser Hinsicht Fr. 3. §. 1. *d.* offenbar nach Fr. 3. *Quae res pignori* zu beurtheilen ist (S. 421.) Ebenso wenig gehört hierher bloße Anleihe zur Abzahlung von Kaufgeldern, (s. Gesterding S. 279.) d. h. ohne Pfandbestellung unter solchen Umständen, daß Nachfolge einträte. — Die Pfandnachfolge muß sich freilich hier vollkommen geltend machen.

rüstung und Ausbesserung eines schon verpfändeten Schiffes, Proviant für die Mannschaft, Frachtlohn und Miethsgeld der Vorrathshäuser für verpfändete Waaren, Erhaltung des Pfandes im weitesten Sinn. Bedingung für diesen Vorzug ist jedoch die Beschränkung der Foderung, wofür das Pfandrecht bestellt wird, auf wirkliche Geldfoderungen, (qui crediderunt,) also nicht blos aus Darlehnen [1]), mithin nicht auch die für gelieferte Sachen und geleistete Dienste [2]). Mit gutem Grunde kann ferner die Einschränkung aufgestellt werden, daß das Pfandrecht sofort bei der Entstehung der Foderung ausdrücklich und zwar als ein besonderes nicht blos im Allgemeinen bestellt worden sein müsse [3]). Die widersprechende Cujaciussche Ansicht [4]) stützt sich darauf, daß die bezüglichen Quellenzeugnisse dies nicht ausdrücklich vorschreiben, sondern eine Erklärung im entgegengesetzten Sinn zulassen [5]). Allein wir sind der Meinung, daß, wenn von einem bevorzugten Pfandrecht in Bezug auf gewisse vorhererwähnte Sachen die Rede ist, sofortige Entstehung desselben mit der Hauptfoderung gleichzeitig, und der Regel nach nicht als allgemeines [6]), sondern als besonderes, mithin allemal dann angenommen werden muß, wenn der Zusammenhang ausdrücklich oder stillschweigend nicht auf das Gegentheil zu schließen nöthigt. Nicht minder schwerer scheint die

---

1) Den Beweis s. bei Fritz S. 511 f.

2) Zimmern S. 286. Diese Einschränkung (s. dagegen Seuffert S. 120. nach Schweppe) rechtfertigt schon die Regel, Privilegien nicht ausdehnend zu erklären. Fritz S. 513. bestreitet die Einschränkung für die Dienste und Sachen, welche als Foderung eine solche in Gelde hervorbringen; allein zu Gelde schätzbar muß ja Alles sein, was Gegenstand eines Privatstreits sein soll? Unser Grund ist also auch dagegen anwendbar.

3) *Donell.* l. l. p. 532.

4) Von Zimmern S. 286. vertheidigt, ohne Cujacius zu nennen.

5) Zimmern meint zwar, es lasse sich nicht einsehen, warum ein Gläubiger, dem bereits ein ganzes Vermögen verpfändet sei, und der nachmals ein solches Darlehn hergebe, nicht den Vorzug genießen soll; allein das läßt sich ja ganz leicht einsehen, wenn man sich nur erinnert, daß dieses Darlehn durch die Stellung dieses Falls gar nicht als mit einem Pfandrecht versehen erscheint, und ein Generalpfand haftet doch dem Gläubiger nicht für alle seine künftigen Foderungen? —

6) Ein allgemeines für ein solches Darlehn bestelltes Pfandrecht hat also nur die gewöhnliche Wirkung; dafür spricht auch negativ C. 17. *de Pignoribus* (s. o. S. 341.)

Analogie der Stelle [1]) sich geltend zu machen, welche für das bevorzugte Pfandrecht, von dem wir nachher unter b. sprechen, diese Bedingung ausdrücklich vorschreibt; denn der Grund, sie für letzteres anzunehmen, war wohl das Gefahrdrohende möglicher Verkürzung der Interessen anderer Pfandgläubiger, die sich bei ersterm völlig gleich zeigt. Handelt es sich nun nicht blos um das Pfandrecht, sondern um das Vorzugsrecht eines solchen, so wird schon dadurch eine möglichst beschränkende Auslegung geboten.

b. Den Vorzug des Pfandrechts für den, der zur Erwerbung einer Sache, sie möge schon vorhanden sein, oder erst neugemacht werden sollen, dem Schuldner Geld vorgeschossen, an dieser selbst, erkennt Justinian ausdrücklich als schon von Alters her bestanden, mit dem unter a. gedachten in Gemeinschaft an: *Nov.* XCVII. Cap. 3. Scimus quasdam hypothecas etsi posteriores, ex privilegiis a legibus illis concessis praeponi antiquioribus creditoribus, veluti quando quis pecunia sua navem fabricaverit, vel eam emi, fabricari, aut reparari, aut domum forte aedificari, vel agrum, aut aliud quid emi curaverit. In his enim omnibus posteriores creditores, quorum pecuniis res acquisitae vel renovatae sunt, potiores sunt iis, qui multo sunt antiquiores [2]). Soll das Pfandrecht den Vorzug genießen, so muß es sogleich bei Aufnahme des Darlehns und als ein besonderes bestellt sein, also vor der wirklichen Erwerbung des Eigenthums und in deren Voraussetzung, doch ohne Rücksicht auf etwa schon geschehene Uebergabe [3]), weil z. B. nicht auf Credit verkauft worden sein kann; das Geld muß ferner zu dem angegebenen Zweck wirklich verwendet worden sein [4]).

---

1) C. 7. *Qui potiores.* — Licet iisdem pignoribus, multis creditoribus diversis temporibus datis, priores habeantur potiores, tamen eum, cujus pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur. (*Diocl.*)

2) Hombergk'sche Uebersetzung.

3) S. Glück XIX. S. 305. auf welche Gesterding S. 278. fälschlich etwas giebt.

4) S. C. 7. *d. verba*: eum *cujus pecunia praedium comparatum probatur.* Ueber dessen Beweis s. Glück a. a. O. S. 309.

Eine Beschränkung auf Erwerbung durch Ankauf schon vorhandener Sachen ist so ungegründet [1]), wie, wenn es auf die Fabricirung einer Sache ankommt, die auf Häuser und Schiffe [2]); der Gegenstand ist gleichgültig [3]).

Die Praxis hat dasselbe Vorzugsrecht für den Verkäufer, welcher das Kaufgeld gegen Vorbehalt des Pfandrechts creditirt, in Deutschland unerschütterlich festgestellt [4]), ja sogar ein Absonderungsrecht im Concurs anerkannt. Theoretisch dies zu beweisen, ist nicht möglich, obwohl man es versucht hat [5]), allein es ist auch ganz überflüssig.

c. Diesen Vorzug genießen ferner die beiden gesetzlichen Pfandrechte, welche den Unmündigen an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen, und dem zustehen, der zur Wiederherstellung eines Gebäudes ein Darlehn vorgeschossen hat [6]). Die Consequenz scheint hier auch zu gebieten, dem gesetzlichen Pfandrechte der Ehefrau wegen der mit ihrem Mitgiftsgelde und dem der Kinder erster Ehe, wegen der mit zu den s. g. lucra nuptialia gehörigen Geldern erkauften Sachen denselben Vorzug zuzugestehen; offenbar spricht dafür die Gleichheit des für den Vorzug der bisher genannten Pfandrechte anerkannten allgemeinen Grundes (s. vorher unter 1.). Doch kann dieser Vorzug nur für das letztere in Betracht fallen, weil das erstere an dem Range der Mitgift Theil nimmt (s. nachher unter 3.). — Auch machte sich dieser allgemeine Grund bei der Bevorrechtung des veralteten Pfandrechts dessen geltend, der zum Ankauf einer Militia Geld vorgeschossen hat [7]), und bei der des Pfandrechts der Argentarien an sol-

---

1) S. bei Glück S. 309. Beispiele vom Gegentheil.

2) Diese sind in den Gesetzen nur als Beispiele genannt; den Beweis s. bei Glück S. 307. und Zimmern S. 288.

3) S. Wening a. a. O. S. 429. Fritz S. 509 f. Seuffert a. a. O. S. 120 f.

4) Glück XIX. S. 310 f.

5) S. dagegen Gesterding S. 283. der aber die Praxis ganz ignorirt.

6) Der Beweis für das erste ist der unleugbare Zusammenhang zwischen Fr. 7. u. 5. u. 6. *Qui potiores*, für das zweite aber *Nov.* XCVII. Cap. 3., wo die Entstehung der dort erwähnten Hypotheken als gleichgültig für den ihnen beigelegten Vorzug erscheint. Vgl. Zimmern S. 290.

7) Zimmern S. 291. Glück XIX. S. 293. *Nov.* XCVII. Cap. 4.

chen Sachen, die mit von ihnen vorgeschossenen Geldern bezahlt sind, wenn sie übrigens auch (wie es scheint auswahlsweise) ein Eigenthumsrecht für den Fall der Zahlungsunfähigkeit in Anspruch nehmen konnten [1]).

2. a. Auch schon vor Justinian [2]) ist dem Fiscus für die Grundabgaben ein solches bevorzugtes Absonderungsrecht zugestanden worden (s. o. S. **310**.), daß sie als eine wahre, jeden Besitzer treffende dingliche Belastung erscheinen; ob aber auch für andere als solche Abgaben [3]) ein bevorzugtes Pfandrecht überhaupt (nicht das für Grundabgaben), bestehe, das ist zwar bisher fast allgemein bejahet [4]), jedoch ganz neuerlich bezweifelt worden [5]). Es handelt sich dabei lediglich um die Auslegung des Antoninschen Rescripts C. 1. *Si propter publ.* etc. (s. S. **309**. Anm. 5.) und die Worte darin: potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt. Die Praxis scheint allerdings hier schon jeden Streit zweck- und erfolglos zu machen [6]); nichts desto weniger ist es aber

---

1) *Nov.* CXXXVI. Cap. 3. Glück XIX. S. 308.

2) S. Fr. 7. *de Publican.* Fr. 36. *de Jure Fisci*, Tot. tit. *Sine censu.*

3) In Betreff der Stellen, welche des Vorzugsrechts für diese im Allgemeinen unter dem Namen Tributa gedenken, ist zu bemerken, daß zwar damit auch solche von praediis verstanden werden, s. *Brisson.* h. v. und *Gothofr.* Comm. ad Cod. Theod. XI. 1., allein jene Allgemeinheit der Benennung ist keineswegs geeignet, den übrigen darunter verstanden werdenden Abgaben das absolute Vorrecht der Grundabgaben beizulegen; denn dazu fehlt jede Veranlassung und aller Zusammenhang zwischen Voraussetzung und Folgerung. Tributa wird in Zusammenstellung mit dem absoluten Vorzugsrecht für Grundabgaben stets mit ausdrücklicher näherer Bezeichnung als letztere gebraucht, s. Fr. 5. §. 2. *de Censibus*, und überhaupt wohl nur in dieser einzigen Stelle, sonst findet man statt dessen andere Bezeichnungen, wie oben Fr. 7. *de Publican.* und Fr. 16. *de Jure Fisci* ergeben. Man schließe nun aber hieraus nicht etwa, daß das allgemeine gesetzliche Pfandrecht für die Tributa in weiterer Bedeutung für die Tributa in der Bedeutung von Grundabgaben unnöthig und auszuschließen sei, wenn es auch freilich nur äußerst selten vorkommen wird; allein wenn dieser Fall eintritt, so können die Grundabgaben nicht mehr auf ihr absolutes Vorrecht Anspruch machen, denn dessen Gegenstand, das Grundstück, muß dann unzureichend für sie sein, sondern sind mit andern Tributis in eine Classe zu setzen. Wir gedenken dieses Falls §. 67.

4) S. Zimmern a. a. O. S. 293. Seuffert S. 123. Fritz S. 515.

5) S. Wächter im Archiv XIV. S. 386 f.

6) Glück XIX. S. 248. Wächter S. 389.

von Wichtigkeit, da jene wenigstens nicht als eine gemeine erweislich sein dürfte, theoretisch denselben zu beleuchten.

Nach der angedeuteten Meinung soll „priore loco hier von der Zeit und nicht dem Rechte nach zu verstehen sein; jene Worte heißen nun: denn die Abgaben gehen vor, da für sie schon früher das ganze Vermögen des Abgabepflichtigen verhaftet worden ist. Die Stelle bekräftige also das gesetzliche Pfandrecht des Fiscus, und die ausdrückliche Hinweisung darauf, daß ja schon früher ein solches bestanden habe, sei daraus zu erklären, daß dieses Pfandrecht erst zu Antonins Zeit entstanden sein möge." Gegen diese Erklärung kommt in Betracht, daß, wenn priore loco obligatum esse den Vorzug eines Pfandes der Zeit und nicht dem Rechte nach bedeutet, nur an ein vertragsmäßiges, freiwilliges gedacht werden kann, nicht an ein gesetzliches, von dem hier die Rede ist, oder mindestens nur an die Zeit der Entstehung der Hauptobligation, wofür das letztere begründet ist. Angewendet auf ein solches können die Worte: priore loco omnia bona cessantis obligata sunt, sprachlich unmöglich etwas Anderes als einen Vorrang dem Rechte und nicht der Zeit nach bedeuten, sobald sie nicht auf die Entstehung der Hauptobligation gerichtet sind, welche allein für die Zeitrangfolge der gesetzlichen Pfandrechte von Bedeutung wird, die aber hier nicht in Betracht kommt. Daraus folgt, daß das von der gemeinen Ansicht angenommene Vorzugsrecht auch theoretisch sehr wohl begründet sei, indem das Antoninsche Rescript keine andere Erklärung zuläßt. Die Frage wegen der Stellung dieses Vorzugs zu andern bevorzugten Pfandrechten veranlaßt zu einer Unterscheidung, von der wir §. 67. handeln.

b. Ein gleichfalls bevorzugtes Pfandrecht steht dem Fiscus an dem nach Abschluß des Contracts erworbenen Vermögen seiner Contractsschuldner zu [1]). Man gründet dasselbe auf **Fr. 28.** *de Jure Fisci.* — Si qui mihi obli-

---

1) Das ist die gemeine Meinung, welche wir als die richtige annehmen, vgl. Wening Th. I. S. 478., dazu Fritz S. 503. und 505. u. Bülow u. Hagemann's Erörter. VII. S. 294.

gaverat, quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod et constitutum est, praevenit enim caussam pignoris fiscus (ULP. 3. *disp.*), eine Stelle, die berüchtigt zu nennen ist, so vielfache Deutung hat sie von jeher erfahren [1]). Der anscheinend klaren Fassung ungeachtet ist man nemlich weder über den Gegenstand, noch über den Grund des Vorzugs, noch darüber einig, wie der angegebene richtig zu verstehen sei. Manche finden ihn in einer besondern Begünstigung des Fiscus, Andere in den Grundsätzen des gemeinen Rechts. Der ersten Ansicht huldigen die meisten Aelteren und Neueren; die zweite hat mehrere Unterabtheilungen, von denen nur folgende Erwähnung verdienen: Einige namentlich finden den Grund in der besondern Natur eines gesetzlichen Pfandrechts, welches sich vom allgemeinen vertragsmäßigen Pfandrechte darin unterscheide, daß jenes auch schon an den künftigen Sachen in dem Augenblick anfange, wo die Schuld entstehe, die letzteren erst zur Zeit deren Erwerbes; daraus sollen sich die Worte erklären: praevenit enim pignoris caussam fiscus. Es sei also dort kein besonderes Recht des Fiscus, sondern das aller gesetzlichen Pfandrechte ausgesprochen. Andere nehmen einen bloßen Vorzug der Zeit für den Fiscus an, so daß contraxerit von etwas vorher und nicht nachher Geschehenem zu verstehen sei. Dritte endlich bekennen [2]) sich zu der Meinung, welche das gesetzliche Pfandrecht des Fiscus an künftigen Sachen mit dem Contract [3]), und nicht mit ihrem Erwerb anheben läßt; die Schlußworte heißen dann: der Fiscus ist hier kraft seines

---

1) S. bes. Glück XIX. S. 249 ff. und die dort Genannten, ferner Zimmern S. 295 ff. Seuffert S. 123 ff. Fritz S. 503. Hepp bei Roßhirt a. a. O. S. 360 ff.

2) Darunter Glück.

3) Er nimmt dafür a. a. O. S. 313. noch aus Fr. 2. *de Rebus eorum* eine Stütze her; allein dort handelt es sich nicht um den Anfang, sondern um die Gültigkeit des Pfandrechts überhaupt, und die Ausnahme in Fr. 2. gegen Fr. 1. §. ult. pflanzt sich ja in Fr. 3. pr. hinüber und beruht hier wie dort auf der gleichwiegenden Begünstigung der betheiligten Personen.

Privilegiums der Erwerbung der Sache zuvorgekommen, von der die Wirkung des Pfandrechts abhängt [1]).

Bei richtiger Auslegung von Fr. 28. *d.* wird sich die gemeine Meinung als vollkommen gegründet ergeben, daß sich das Verzugsrecht des Fiscus auf das nach dem Contractsabschluß erworbene Vermögen des Contractsschuldners beschränkt. Vorerst nemlich steht soviel unbestritten fest, daß in jener Stelle von zwei zusammentreffenden allgemeinen Pfandrechten die Rede ist, und daß der Fiscus ein Vorzugsrecht zugesprochen erhält. Sodann sind die zweifelhaften Schlußworte Ulpians: praevenit enim caussam pignoris fiscus, so zu verstehen, daß caussa pignoris der caussa, d. i. privilegio fisci, entgegengesetzt ist, also: der Fiscus geht kraft seines Privilegii den allgemeinen Rechtssätzen von den einfachen Pfandverhältnissen vor; danach stimmt der Entscheidungsgrund mit der Entscheidung nach der gemeinen Meinung völlig überein [2]).

---

1) Fr. 28. *d.* wird auch benutzt, um zu beweisen, das Pfandrecht an künftigen Sachen fange schon mit dessen Bestellung an (s. o. S. 390. Anm. 6. vgl. *Donell.* l. l. p. 525.); allein dann müßte das des Fiscus hier früher bestellt worden sein, und dem widerstreitet der Fall, den das Gesetz umgekehrt voraussetzt (oblig*averat*). — Zu bemerken ist noch, daß, da der Regel in Fr. 7. §. 1. *Qui potiores* (S. 397.) zufolge der Fiscus am künftigen Vermögen eigentlich pro rata concurrere müßte mit dem ältern Gläubiger, hier offenbar eine Ausnahme gelehrt ist. (Zu diesem kommt die widersprechende Meinung über den Anfang des Pfandrechts an künftigen Sachen auch, weil sie den jüngern vor den ältern Gläubiger stellt.) Diese Ausnahme begründet nun eben das Vorzugsrecht, und also beweist die Stelle für die von uns angenommene Theorie über den Anfang des Pfandrechts an künftigen Sachen. — Hepp erklärt dies von einer fingirten Priorität der Zeit.

2) Daß jene Worte so und nicht anders auszulegen seien, ergiebt sich unwiderleglich aus der unzweifelhaften, wiederholt gebrauchten Stellung derselben in C. 2. *de Privilegio fisci*: Quamvis ex caussa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus, tamen si prius, quam res ejus tibi obligarentur, cum fisco contraxit, jus fisci caussam tuam praevenit. Quodsi post bonorum ejus obligationem rationibus meis coepit esse obligatus, in ejus bona cessat privilegium fisci. (*Anton.*) Den geschichtlichen Zusammenhangsgrund, wie es komme, daß in dieser Stelle des Vorrechts aus Fr. 28. *d.* keine Erwähnung geschehe, entwickelt sehr gut Glück XIX. S. 261. Vor allem ist auch zu bemerken, daß darin nur von der Verpfändung des gegenwärtigen Vermögens die Rede ist. Vgl. Seuffert S. 130.

Der Grund dieses Vorzugsrechts wird unseres Dafürhaltens sich rechtlich niemals entwickeln lassen; allein darauf kann ja um so weniger etwas ankommen, je mehr ein Privilegium für seine absolute Gültigkeit eine rechtliche Grundlage entbehren kann, dessen wahrer Grund stets der ist, daß es eben ist. Es sind zwar verschiedene Versuche zu einer solchen Erklärung gemacht worden [1]), allein sie beruhen bis auf die neuesten auf willkührlichen, durch verdrehete Gesetzauslegung unterstützten, Voraussetzungen [2]). Viel wahrscheinlicher dürfte als Grund dazu das denn doch noch bei aller Habgier des römischen Fiscus übrig gebliebene Schaamgefühl der kaiserlichen Gesetzgebung zu betrachten sein, den Vorzug des fiskalischen Pfandrechts für solche Foderungen, wie sie jeder Privatmann haben konnte, wenigstens nicht auf die Gegenstände auszudehnen, woran das Pfandrecht des letztern bereits als wohlerworben bestand, sondern nur auf das künftige noch ungewisse Vermögen, worauf der ältere Gläubiger in der Regel weniger rechnen wird, und ohnehin mit andern jüngeren Gläubigern zusammen gleiche Rechte erhalten würde [3]) — [4]).

---

1) S. Zimmern S. 296.

2) Damit ist namentlich der Zimmernsche Versuch gemeint, das Vorzugsrecht als Folge des nach der Merz-Schraderschen Theorie vom Generalpfande muthmaßlichen Rechtssatzes zu erklären: das besondere Pfand des Fiscus sei überall dem allgemeinen der Privaten vorgegangen; denn nichts ist unrichtiger, als ein solcher Unterschied, da sich allgemeine und besondere Pfandrechte bis auf die Ausnahmen S. 497 f. durchaus gleich in den Wirkungen sind. In Fr. 8. *Qui potiores.* — Si pignus specialiter respublica acceperit, dicendum est, praeferri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est, quia et privati praeferrentur (ULP. 7. *disp.*). (vgl. S. 620. 621.), worauf man sich dabei bezieht, wäre es bei der Klarheit und Einfachheit der Vorschrift, daß bei Foderungen aus Contractsverhältnissen das Pfandrecht des Fiscus in Betreff des gegenwärtigen Vermögens zu andern lediglich nach dem Alter sich ordne, und dabei nichts darauf ankommen solle, ob die collidirenden Pfandrechte allgemeine oder besondere seien, sehr voreilig und willkührlich, noch gekünstelte Folgerungen negativ herauszubringen.

3) Daß Fr. 21. pr. *Qui potiores* dem nicht entgegen sei, ist oben S. 389. gezeigt worden. Vergl. Seuffert S. 129. Gesterding S. 262 ff. und Hepp bei Roßhirt S. 367.

4) Ueber das irrig von Manchen behauptete Vorrecht des Fiscus am Vermögen seines Primipilus s. Zimmern S. 300. und Glück

3. Das Pfandrecht der Ehefrau wegen ihres Einbringens, d. h. der Mitgift und deren Vermehrung, sowie der davon angeschafften Sachen (s. S. **305.** Anm. **1.** und S. **316.**), und zwar sowohl für sie, als ihre Kinder und Enkel, (nicht auch für andere Erben oder Nachfolger) [1]), selbst gegen die gleichen Ansprüche der zweiten Gattin und Stiefmutter, ist von Justinian bevorzugt worden [2]). Es hat zu allen Zeiten nicht an Beschränkungen und Anfechtungen dieses Vorzugsrechts gefehlt [3]); als ganz irrig und einstimmig verworfen sind von diesen zu bezeichnen, daß es nur auf die älteren stillschweigenden, nicht auf die ausdrücklichen einen überwiegenden Einfluß ausübe [4]), und daß die Kinder dasselbe nicht gegen ältere Gläubiger sollen geltend machen können. Mehr Beachtung verdient die Frage, ob es den Kindern der Frau unbeschränkt gleich ihr selbst zuzutheilen sei, oder nur wenn sie mit der Mitgift einer zweiten Ehe zusammentreffen [5]). Man kann jedoch mit Sicherheit auf die von uns angenommene gemeine Meinung aus einer Novellenstelle [6]) schließen, weil nach ihr die ältere Mitgift überall priora privile-

---

XIX. S. 267. Ganz unglücklich endlich ist die Vorstellung, ihm noch practischen Werth (z. B. in Bezug auf Kriegscommissarien) beizulegen.

1) *Nov.* XCI. pr. — Neque enim aliis sive heredibus, sive creditoribus, sed solis liberis hoc privilegium dedimus et damus. (Vgl. o. S. 316. 333.)

2) Die geschichtliche Folge der hierher gehörigen Constitutionen ist C. 30. *de J. D.* C. un. §. 1. u. 15. *de Rei uxor. act.* C. 12. §. 1. *Qui potiores.* (C. un. *de Privilegio dotis* hat nur einen historischen Werth) §. 29. J. *de Action.* Nov. LXIV in f. CIX. Cap. 1. XCI. pr. §. 1. LXXIX. Cap. 2. — Die absolute Begünstigung der Mitgift ist schon früh in den Pandecten anerkannt, s. z. B. Fr. 1. *Soluto matrimonio.*

3) S. Glück a. a. O. S. 271 ff.

4) Wening a. a. O. S. 428.

5) Von *Donell.* l. l. p. 532. eifrig vertheidigt; die Literärgeschichte dieser Controverse s. bei Glück a. a. O. u. Fritz a. a. O. S. 506—9. Wäre zu verstehen, daß das Vorzugsrecht den Kindern nur dann zustehe, wenn sie mit einer frühern Mitgift zusammentreffen, so wäre aus denselben Gründen zu schließen, daß das Privilegium fisci ihm nur dann zukomme, wenn er mit einer Mitgift zusammentreffe, weil diese allen Gläubigern mit Ausnahme des Fiscus vorgeht. Jene Novellenstelle verordnet also keinen ausnahmsweisen Uebergang des Vorzugsrechts der ersten Ehefrau auf andere Personen, sondern ein ausnahmsweises Nachstehen der zweiten Ehefrau mit ihrem Vorzugsrecht der Mitgift.

6) Nov. XCVII. Cap. 1. vergl. Seuffert S. 131 ff.

gia genießen soll, und in derselben von den Kindern als Pfandgläubigern überhaupt die Rede ist [1]).

§. 66.

Fortsetzung von §. 64. — Absonderungsrecht.

II. Wenn verschiedene Pfandrechte nicht von derselben Person, also auch nicht von solchen mehreren abgeleitet werden, die zu einander in dem Verhältniß von Autoren stehen, sondern ganz unabhängig von einander sind [2]), so entscheidet die größere oder geringere Befugniß zum Verpfänden. Die mehreren Pfandrechte stehen alsdann zu einander in keinem Verhältniß, sondern jedes besteht so, wie wenn das andere gar nicht da wäre. Es ist daher an sich keine Handlung (Veräußerung) eines Gläubigers dem andern von Nachtheil. Durch Verkauf überträgt jeder nur seines Verpfänders Befugnißgebiet, und bei späteren Collisionen entscheidet stets nur dieses. Hiernach sind denn auch die Wirkungen der Pfandrechte und Klagen gegen einander selbst abzuwägen. Nimmt man an, es seien sowohl vom Eigenthümer, als vom Besitzer im guten Glauben und andern Pfandbesitzern Pfandrechte bestellt, so schließt das vom Mehrberechtigten abstammende oder bei ihm entstandene das vom Minderberechtigten herrührende dergestalt aus, daß dasselbe gar keine rechtlichen Wirkungen nach sich ziehen kann [3]). Es kann mithin weder vom Rangverhältniß noch vom Recht auf die Hyperocha, noch vom Angebotsrecht die Rede sein, sondern das zurückstehende erscheint neben dem andern als ungültig. — Damit hängt zusammen, daß jede Verbesserung des Rechts des Verpfänders auch das Pfandrecht verbessere [4]).

Wenn das Recht keines der mehreren Verpfänder dem des andern überwiegend ist, so entscheidet der Besitz [5]) für den

---

1) Der Beweis läßt sich auch noch auf andere negative Art gewinnen, s. S. 634. Anm. 5. und bes. Fritz S. 509.

2) S. Löhr im Archiv Bd. XIV. S. 164 ff. Fritz a. a. O. S. 523.

3) S. o. S. 210. u. vgl. S. 211. (2.)

4) Löhr S. 165. (13.) vergl. C. 7. *de Pignoribus*.

5) Fr. 14. *Qui potiores*.

Gläubiger. — Es ist in diesen Fällen für die wesentlichen Streitpunkte einerlei, ob ein Gläubiger mit einem zweiten besitzenden in Streit geräth, oder mit dessen Pfandbesteller, nur thut freilich der Rechtsstreit zwischen jenem dem letztern, soweit seine Befugniß zum Pfandgegenstande dabei in Betracht gekommen ist, in der Regel (s. S. 565. Anm. 3.) so wenig Eintrag, wie dem Pfandgläubiger umgekehrt der zwischen seinem Pfandbesteller und dem obsiegenden Dritten, wenn der Streit nach der Pfandbestellung entstanden ist. (Vgl. §. 70. 8. u. S. 70.)

Wir kommen nun zu der oben S. 620. aufgesparten Frage, welche neuerlich ebenso heftig bestritten worden, als ihr Einfluß auf die Interessen des Einzelnen noch heutzutage von größter Wichtigkeit ist. Es war früher ein durch die gesammte gemeinrechtliche Praxis anerkannter und bestätigter Lehrsatz, daß der Pfandgläubiger, wenn nach geschehenem Wechsel des Eigenthums durch Singulartitel am Pfande beim neuen Eigenthümer Concurs ausbrach, ein Absonderungsrecht (jus separationis) geltend machen könne. Dies ist von Thibaut[1]) wiederholt und mit solchem Erfolg bestritten worden, welcher nemlich nun behauptete, es sei hier ebenso wie bei der Universalnachfolge zu halten, daß die größere und angesehenere Zahl der deutschen Rechtsgelehrten sich ihm zuwandte, ja selbst die Gesetzgebung einzelner Staaten diese Theorie bestätigte. Es steht hier also m. a. W. in Frage, ob das bei einem frühern Eigenthümer erworbene Pfandrecht allen bei einem spätern auf die gedachte Art entstandenen vorgehe, oder nur in solchem Verhältniß zu ihnen stehe, wie wenn die Person des Eigenthümers nicht gewechselt hätte? Thibaut hat seiner, das letztere bejahenden Meinung den Hauptgrund untergelegt, der nachherige Erwerber habe auch als Nachfolger aus besonderm Titel in der Regel seines Vorgängers Rechte, wogegen die Grundsätze über Unverletzbarkeit erworbener Rechte darum nicht durchzudringen vermögten, weil diese bei der Einführung der bevorzugten Pfand-

---

1) Im Archiv für civil. Praxis S. 311. vgl. Spangenberg im Bd. XIV. Nr. 10. u. civil. Abhandl. Archiv XIV. Nr. 6.

rechte schon überhaupt zurückgesetzt seien. — Eine unmittelbare Entscheidung über diese Frage ist in den Quellen nicht vorhanden; es wird vielmehr [1]) im Gegensatz mit den frühern Voraussetzungen für sie als richtig der Gesichtspunkt zu betrachten sein, daß als Regel der Vorzug des vom frühern Eigenthümer bestellten Pfandrechts aus demselben Grunde anzunehmen sei, der auch bei den von einer Person bestellten Pfandrechten auf den Vorzug des Alters führt, und da nun die letztere Regel durch die bevorzugten Pfandrechte Abänderungen erleidet, so würde zu untersuchen sein, inwiefern dadurch auch die erstere Regel im Einzelnen Ausnahmen findet. Es kommt also darauf an, ob die Natur der einzelnen Pfandvorzüge so unbedingt ist, daß sie allen Pfandrechten ohne Unterschied vorgeht, oder nur in Bezug auf den, bei welchem sie entstanden sind, d. h. gegen dessen persönliche Gläubiger. Aus allgemeinen Grundsätzen und der Natur der Sache läßt sich hier nichts gewinnen, noch damit etwas ausrichten [2]), es sind vielmehr die Vorzugsrechte im Einzelnen zu berücksichtigen.

1. Der Vorzug des Pfandrechts für ein Creditum in utilitatem, wenn juristische oder physische Erhaltung (und Wiederherstellung eines Hauses) oder neue Anschaffung eines Gegenstandes geschehen ist, macht zuvörderst eine Unterscheidung zwischen beiden nöthig. Soviel die Anschaffung einer Sache betrifft, welcher die juristische Erhaltung gleichsteht [3]), so kann der Grund, vollkommene Herstellung der Befähigung zum Verpfänden, welcher hier gesetzlich [4]) dem zur Bezahlung des Kaufpreises darleihenden Gläubiger vor dem frühern bei demselben Verpfänder den Vorzug giebt, auf ältere (vom frühern Besitzer her) Pfandgläubiger an dieser Sache nicht den geringsten Einfluß äußern; für diese ist es völlig gleichgültig, wer gerade das Pfand besitzt. Daraus folgt also mit Sicherheit, daß der einfache Pfandgläubiger

1) Mit Wächter im Archiv XIV. S. 340 ff. — Fritz S. 525.

2) S. Wächter a. a. O. S. 348—60. Darum ist Hepp's (Zeitschrift IV. Nr. 3.) Bekämpfung Thibaut's mißrathen.

3) Fr. 3. §. 1. *Qui potiores.*

4) Wächter a. a. O. S. 372.

aus der Zeit eines frühern Eigenthümers vor dem solchergestalt bevorzugten bei einem jüngern stets den Vorzug haben müsse. — Dasselbe muß von der mit dem Gelde eines Unmündigen u. s. w. (s. S. **628.**) gekauften Sache gelten. **Fr. 7.** pr. *Qui potiores* etc. (S. **110.**) ist nemlich entweder vom Zusammentreffen des Unmündigen mit älteren Gläubigern solcher Art, wie **Fr. 3. §. 1.** *eod.* (S. **87.**) erwähnt sind — denen res debita verpfändet ist, — zu verstehen, oder von ältern, die ein allgemeines Pfandrecht am Vermögen des erwerbenden Schuldners haben; denn nur auf diese, nicht auf die aus den Zeiten eines frühern Eigenthümers her bestehenden Pfandrechte, kann der **Fr. 6.** *eod.* (S. **341.** u. **628.**), welches mit dem folgenden durch ein Idemque est verbunden ist, angeführte Grund angewendet werden, hujus enim pecunia salva est facta totius pignoris caussa.

Die physische Erhaltung des Pfandes anlangend, scheint im Vergleich zum Vorzugsrecht auch die beim frühern Eigenthümer entstandenen Pfandrechte ein Schicksal mit den bei dem später bestellten älteren zu treffen, weil die Verwendung zu deren Besten auch geschehen ist; nur früge sich, ob nicht hier Gründe vorhanden seien, welche die Wirkung des Vorzugsrechts ausschließen, und an solchen mögte es in der That nicht fehlen. Der neue Eigenthümer ist für den ältern Pfandgläubiger nichts weiter als ein dritter Besitzer, dem er die aufgewendeten Kosten nur dann zu ersetzen hat, wenn sie den Wiederaufbau eines Hauses, oder die von dem wegen drohenden Schadens in Besitz Gesetzten aufgewendeten betreffen (S. **580.**). Desfalls muß es also gleichgültig sein, ob zu dem Ende eine Verpfändung, und jene mit fremdem Gelde geschehen ist, d. h. es wird so wenig an den Rechten des ältern Pfandgläubigers dadurch geändert, als daran, was er gegen sich ohnehin schon gelten lassen muß. Dazu kommt [1]), daß die Quellen diese Pfandrechte mit denen der ersten Art in eine Klasse setzen und nach gleichen Grundsätzen behandeln; da sie nun die erste Art nicht über alte Pfandrechte vom frühern Eigenthümer her stellen, so ist damit der Schluß gerechtfertigt, daß dies von der zweiten auch gelte. Ferner haben die Argen-

1) Wächter S. 372.

tarien, für das zur Anschaffung einer Sache dargeliehene Geld ein so starkes bevorzugtes Pfandrecht, daß es selbst den zur Erhaltung derselben nachmals entstandenen hypothekarischen Foderungen vorgeht. Dagegen kann nicht bezweifelt werden, daß diesem Pfandrechte gerade das aus den Zeiten eines frühern Eigenthümers vorgehen müsse, denn dafür spricht nicht nur der vorher angeführte Grund, daß Der, welcher zur Anschaffung einer Sache Geld hergegeben, dem ältern Gläubiger von einem frühern Pfandschuldner her nicht vorgeht, sondern in der Hauptstelle *Nov.* CXXXVI. zeugen die entscheidenden Worte: res pecunia illorum emta illis addicatur, quasi revera ab illis emta, *nuda vero emtoris appellatio illi* (d. h. debitori) imposita esset, offenbar davon, daß der Argentar das beim Ankauf bereits auf der Sache ruhende Pfandrecht anzuerkennen genöthigt ist, weil er dem Käufer selbst in der That gleichstehen soll. (Die übrigen Pfandrechte erlöschen dann schon darum, weil sie als vom Nichteigenthümer — Nichtkäufer — bestellt erscheinen, doch dürften sie jedenfalls auf die Hyperocha Anspruch und vom Recht des Angebotes Gebrauch machen können, weil auf den Argentar dann recht eigentlich die Regel anwendbar ist, quia non tam acquirendi dominii quam conservandi pignoris caussa egit.)

Geht also das bei einem ältern Eigenthümer entstandene einfache Pfandrecht dem bei einem später entstandenen am meisten bevorzugten vor, so muß es doch denen um so mehr vorgehen, welche diesem nachstehen [1]). Einen fernern Beweisgrund gleicher Art, wenn es dessen bedürfte, kann man noch aus dem folgenden Beweise, daß die Ehefrau mit ihrem Pfandrecht dem beim ältern Eigenthümer entstandenen nachsteht, gewinnen, da sie sonst den jüngeren bevorzugten Gläubigern wegen Creditum in utilitatem vorgeht.

2. Daß das Pfandrecht der Ehefrau nur gegen des Ehemannes Gläubiger bevorzugt sei, und also dem vom frü-

---

1) Darauf, daß Nov. CXXXVI. nicht glossirt ist, kommt nichts an, weil es sich nur um ein geschichtliches Zeugniß handelt, und dessen Gewinnung für den Sinn und Umfang eines von Justinian eingeführten Vorzugsrechts.

hern Eigenthümer bestellten nachstehe, ist in C. un. §. 1. *de Rei uxoriae actione* gesagt, und auch deren Sinn völlig entsprechend. Am deutlichsten erhellt dies, wenn man das Pfand in den Händen eines Dritten denkt, wogegen es dann heißt, potiora jura contra omnes mariti creditores habere, und in *Nov.* XCVII. Cap. 7., wo die Pfandrechte, denen die Frau vorgehen soll, als ex contractu cum marito und das credere eorum (ejus) substantiae ausdrücklich genannt ist.

3. Das Pfandrecht des Fiscus am Vermögen seiner Contractsschuldner, welches, wie S. 631 ff. erwiesen worden, nur an den künftig erworbenen Sachen bevorzugt ist, kommt eigentlich gar nicht in Betracht; denn da selbst der ältere Gläubiger des Gemeinschuldners an früher erworbenen Sachen dem Fiscus in diesem Falle vorgeht, so wird noch weniger Zweifel sein, ihn dem bei einem andern Eigenthümer erworbenen Pfandrechte nachzusetzen. — Anders ist es mit dem Pfandrechte für fiskalische Grundabgaben jeder Art, weil diese ein absolutes Vorrecht genießen; die anderen, wenn sie gleich auch ein Vorzugsrecht genießen, müssen aber von diesen unterschieden werden und können den beim ältern Eigenthümer erworbenen Pfandrechten aus folgenden Gründen nicht vorgehen. Der Grund des absoluten Vorzugsrechts für die Grundabgaben ist offenbar darin zu suchen, daß das Steuercapital [1]) als prioritätisch vor allen andern auf dem Grundstück haftet, und darum auf jeden Erwerber mit Restern und künftigen Verpflichtungen übergeht, so daß also jeder Gläubiger, er möge sein Pfandrecht erhalten haben, von welchem der mehreren einander folgenden Eigenthümer es sei, jene anzuerkennen genöthigt ist. Die zum Inbegriff eines Gesammtvermögens gehörige Sache anderer Art hingegen, welche mit demselben für andere als Grundabgaben gesetzlich haftet, kann darum nicht mit einem solchen Steuercapital behaftet angesehen werden, weil dieses mit dem Wechsel des Eigenthümers ebenfalls wechseln würde, m. a. W., es

---

1) So daß es also mit der Pflicht zum Bodenzins, Canon u. s. w. gleichsteht, s. Fr. 17. *de P. A.*

besteht keine ein für allemal bestimmte Leistung, wofür die Sache haftet, sondern sie wird in den Händen eines jeden Besitzers von Neuem für eine andere gesetzlich verpfändet, wenn sich auch ein Vorzugsrecht vor dessen Gläubigern daran knüpft. Wenn sie also mit einem Pfandrecht behaftet von dem einen Eigenthümer auf den andern übergeht, so kann der Fiscus für die anderen Abgaben des letztern sie darum nicht vor den beim ältern entstandenen Pfandrechten ansprechen, weil sie der neue Erwerber nur mit denselben behaftet überkam, und es sich nur um dessen Vermögensinbegriff handelt, und wie sich die einzelnen dazu gehörigen Stücke darin gegen früher erworbene Rechte stellen.

4. Noch haben wir aber die öffentlichen Pfandrechte zu berücksichtigen [1]). Für diese, wird behauptet [2]), soll eine Ausnahme Statt finden, weil die Vorschrift des Kaisers Leo (S. 266.) so allgemein laute, und der wahrscheinliche Grund des Gesetzes so durchgreifend sei, daß es gleichgültig sein müsse, von wem die zusammentreffenden privaten bestellt seien. Dagegen ist aber zweierlei zu erinnern: erstens bezeichnet jene Constitution doch nur solche in Urkunden bestellte Pfandrechte, die ein und derselbe Schuldner ausgestellt hat, ganz ausdrücklich, und verhindert dadurch eine ausdehnende Erklärung. Sodann aber würde durch jene Annahme wirklich ein unauflöslicher Kreislauf entstehen, wenn man den Fall annimmt, daß Titius ein privates Pfandrecht bestellt, darauf das Pfand an Cajus veräußert, und letzterer erst ein bevorzugtes und dann ein öffentliches bestellt hat. Denn die Frage, wer hier befugt sei, das Pfandrecht vor dem Andern auszuüben, oder im heutigen Concurs zuerst Befriedigung erhalten müsse, ließe sich nach jener Theorie darum gar nicht beantworten, weil sie selbst zugiebt, daß das bevorzugte dem öffentlichen vorgehe, und das erste dem beim frühern Eigenthümer entstandenen nachstehe. Ginge nun letzterm das öffentliche vor, so würde das bevorzugte sein Recht von Neuem geltend machen, und gegen dieses wieder das ihm vor-

1) Diese berührt Wächter gar nicht.
2) Von Fritz S. 526.

züglichere private. — Unsere dem widersprechende auf das Gesetz selbst gestützte Meinung vermeidet diese Klippe.

Hierdurch glauben wir das Absonderungsrecht gegen die Thibautsche Theorie hinlänglich in Schutz gestellt, und die gemeine Praxis als wohlbegründet dargethan zu haben.

§. 67.

Von dem Rangverhältniß der verschiedenen einfachen wie bevorzugten Pfandrechte.

Wir haben für das Rangverhältniß mehrerer Pfandgläubiger, die ihr Pfandrecht von derselben Person, oder mehreren, welche einer gleichstehen, ableiten, drei Umstände als von Einfluß kennen gelernt: das Alter, Oeffentlichkeit und besondern Vorzug. Der Fälle des Zusammentreffens verschiedener Pfandrechte, welche sowohl für die Zuständigkeit der Ausübung der pfandrechtlichen Befugnisse überhaupt, als für den heutigen Concurs in Ansehung der Befriedigung von Wichtigkeit sind, lassen sich mehrere denken, und danach entstehen folgende ebensoviele Hauptregeln:

I. Unter mehreren Pfandrechten, welche mit Ausnahme des Alters an sich jedes einen gleichen Werth haben, entscheidet das Alter allein den Vorrang.

Dieser Fall tritt ein: **1)** wenn bloße einfache öffentliche und nothwendige Pfandrechte zusammentreffen, mit Ausnahme der prätorischen, (s. S. **401**.) — (ein Zusatz, der sich stets von selbst versteht); **2)** wenn lauter gleichartige bevorzugte vorhanden sind; **3)** unter lauter privaten und richterlichen Pfandrechten (s. unter Zahl VI.).

Wir müssen hier, als dem schicklichsten Orte, noch über das Verhältniß der richterlichen und prätorischen Pfandrechte zu privaten reden. Wir haben nemlich oben (s. S. **277**. u. Anm. **2**.) als Resultat der Untersuchung über die öffentlichen Pfandrechte erhalten, daß der Vorzug derselben im neuern Rechte eigentlich in einer Zurücksetzung der privaten beruhe, woraus aber die Folge hervorging, daß die gesetzlichen Pfandrechte den privaten darum auch nun vorgehen müssen, weil die öffentlichen vor ihnen nicht auch einen Vorzug erhalten

haben, sondern ihnen gleich geblieben sind. Daraus kann nemlich die Frage entstehen, ob die prätorischen und richterlichen Pfandrechte, als zu den nothwendigen gehörig, den älteren privaten vorgehen sollen? deren Bejahung die auffallendste Ungerechtigkeit enthalten würde, da dann jeder Nichtpfandgläubiger, welcher rei judicatae actionem früher durchführt, besser daran wäre, als ein Pfandgläubiger (vergl. auch die Schlußbemerkung zu §. 38.), deren Verneinung aber, wenn also diese Pfandrechte mit den privaten gleich blieben, und selbst den Vorrang der öffentlichen und gesetzlichen anerkennten, wieder zu der nicht minder auffallenden Folge zu führen scheint, daß ein vom ausgepfändeten Schuldner bestelltes öffentliches Pfandrecht an der abgepfändeten Sache das richterliche ganz vereiteln könnte. Derselbe Fall würde mit neu entstehenden gesetzlichen eintreten. Wir haben oben am angeführten Orte über die öffentlichen Pfandrechte und deren Vorrang gesehen, daß, wenn dieser auch den gesetzlichen vor privaten eingeräumt werden mußte, dies nur durch die Macht der logischen Consequenz geschah, um einen sonst in der That unvermeidlichen Kreislauf zwischen privaten, gesetzlichen und öffentlichen Pfandrechten zu vermeiden. Diese Nothwendigkeit ergreift nun aber die prätorischen und richterlichen Pfandrechte nicht, sondern es läßt sich aus überwiegenden Gründen hier ein Unterschied nachweisen. Die Ausdehnung des Vorrangs der öffentlichen Pfandrechte vor privaten auch auf sie ließe sich nemlich zuerst überhaupt nur dann vermuthen, wenn es möglich wäre, daß ein jüngeres öffentliches auf sie ohnedies denselben überwiegenden Einfluß ausüben würde, wie auf private. Dieser Fall kann aber nicht eintreten. Denn soviel zuerst die prätorischen Pfandrechte betrifft, so ist jede Verpfändung nach Entstehung eines solchen in fraudem creditoris geschehen, und der Paullianischen Klage unterworfen [1]), und dann verstand sich, was die richterlichen Pfandrechte auch [2]) betraf,

1) Franke im Archiv Bd. XVI. S. 133. vgl. oben S. 212.

2) S. o. S. 349. A. 2. u. §. 38. zu Anf. Glück XVIII. S. 268 ff. Denn in unbewegliche Güter erfolgte auch Immission und wirkliche Besitzergreifung, und was die beweglichen anlangt, so übt an den

daß aus später abgeschlossenen Geschäften des Schuldners gegen die besitzenden Gläubiger keine Klage auf Herausgabe Statt fand, mithin auch keine stärkere hypothekarische [1]). Von den später entstandenen gesetzlichen muß dasselbe gelten, weil sie in ihrer innern wesentlichen Beschaffenheit den freiwilligen nachgebildet sind, und das Gesetz nicht ipso jure eine Wirkung zum Schaden des Gläubigers kann herbeiführen wollen, die es als Folge einer Handlung verbietet. Jene beiden Pfandrechte scheiden also den Gegenstand aus dem Vermögen des Schuldners für nachmalige Verfügungen, Veräußerungen u. s. w. gewissermaßen aus, oder heben diese Befugniß am ganzen Vermögen, wenn dieses ergriffen worden, auf. Hieraus folgt nun schon von selbst, daß diese Pfandrechte den älteren privaten gleich allen andern älteren keinen Eintrag thun können, sondern den Gegenstand nur so ergreifen, wie er ist, d. h. cum sua caussa, (wovon nur das Pfandrecht durch Einweisung in den Besitz wegen drohenden Schadens seiner Natur nach eine Ausnahme macht,) außerdem haben wir aber auch ein ausdrückliches Quellenzeugniß in **Fr. 15. §. 5.** *de Re judicata.* — Quodsi res sit pignerata, quae pignori capta est, videndum est, an sic distrahi posset, ut *dimisso creditore* superfluum in caussam judicati convertatur. Et quanquam non cogatur creditor rem, quam pignori accepit, distrahere, tamen in judicati executione servatur, ut si emtorem invenerit res, quae capta est, qui dimisso priore creditore superfluum solvere sit paratus, admittenda sit hujus quoque rei distractio, nec videtur deterior conditio creditoris fieri suum consecuturi, nec prius jus pignoris dimissuri, quam si ei fuerit satisfactum. (ULP. **3.** *de Off. cons.*) — Gegen andere Pfandrechte jeder Art erscheint also das prätorische (mit obgedachter Ausnahme) oder richterliche stets als das jüngste

abgepfändeten Sachen das Gericht für den Gläubiger den Besitz, oder es ist wenigstens ein ganz analoges Verhältniß vorhanden. Beide stehen sich ja auch darin gleich, daß der Verkauf beider durch den Richter geschieht, s. S. 352.

1) Fr. 6. §. 6. *de Rebus auctor. jud. poss.* Franke a. a. O.

und zugleich als das am meisten zurückstehende außer dem nachher unter VII. gestellten, welche darum allen ohne Ausnahme nachstehen, weil sie die Befriedigung aller der Gläubiger voraussetzen, mit welchen sie zusammentreffen könnten. Richterliche unter sich ordnen sich nach dem Alter, prätorische stehen einander ohne Rücksicht auf das Alter gleich. (S. 349.)

Eine Ausnahme von der Regel unter I. machen mehrere Pfandrechte für Credita zum Nutzen, für welche gerade die umgekehrte Regel gilt, daß das jüngere dem ältern vorgeht.

II. Unter mehreren Pfandrechten, welche abgesehen vom Alter einen verschiedenen Werth haben, geht das bevorzugte allen übrigen vor, dann folgen diese nach dem Alter, jedoch so, daß das einfache freiwillige Privatpfandrecht das letzte ist, (wieder mit Ausnahme der unter VII.).

III. Wenn mehrere ungleichartige bevorzugte Pfandrechte zusammentreffen, so entscheidet der Vorrang eines jeden einzelnen im Verhältniß zum andern.

Die Rangordnung der verschiedenen bevorzugten Pfandrechte ist Gegenstand großen Streites geworden, der noch keine als richtige allgemein anerkannte Erledigung gefunden hat; nur darüber ist man einig, daß das veraltete Pfandrecht für das zum Ankauf einer Militia vorgeschossene Geld dem allgemeinen wegen Rückgabe der Mitgift vorgeht, daß ferner die letztere denen vorgeht, welche wegen einer spätern Verwendung [1]) bevorzugt sind [2]). — Die Hauptfragen, ob und inwiefern der Fiscus dem Vorzug der Mitgift in den Weg trete, oder dem wegen Nutzverwendung, und das Verhältniß dessen wegen älterer Nutzverwendung zum zweiten, sind immer noch unentschieden [3]).

---

1) *Nov.* XCVII. Cap. 3.

2) Daß, wenn die Dotalsachen, oder die mit solchem Gelde angeschafften noch vorhanden sind, Jeder, wer die Mitgift fodern kann, auch diese verlangen dürfe, und darin allen Gläubigern vorgehe, versteht sich (S. 305.), weil dies mittelst einer utilis vindicatio geschieht; die ausnahmsweise zuständige hypothekarische Klage kann nur gleich der auf die Mitgift bevorzugt sein, nicht außerdem etwa noch besonders; s. auch Fritz a. a. O. S. 514.

3) S. Fritz a. a. O. Gesterding S. 285.

Das Vorzugsrecht des Fiscus wegen der Grundabgaben ist ohne Zweifel dergestalt vor allen übrigen einem Privaten zuständigen Rechten bevorzugt, daß man es mit dem Pfandrecht eigentlich gar nicht in Vergleich stellen sollte, indem es für eine wirkliche dingliche Belastung angesehen und auch ausdrücklich erklärt wird (s. S. **310** **629**. **640**.). Zu bemerken ist dabei, daß der Fall, wenn das Grundstück, die Abgaben zu decken, nicht hinreichen sollte, wohl nur durch das Aufsammeln mehrjähriger Rester denkbar sein wird. Der Fiscus würde daher mit der desfallsigen Foderung, als einem Creditum, nur den Rang seiner contractmäßigen Foderungen einnehmen. Das Verhältniß seiner Vorzugsrechte für andere Abgaben [1]), sowie für Contractsfoderungen (wozu auch die des regierenden Fürsten, seiner Gemahlin und des Thronfolgers zu rechnen sind, S. **311**., zu andern bevorzugten Pfandrechten, mögte am richtigsten folgendermaßen zu stellen sein.

Das Vorzugsrecht des Fiscus wegen der Abgaben überhaupt am Vermögen des Schuldners, welches durch C. 1. *Si propter publ.* etc. (s. S. **629**.) allein begründet wird, ist deren Fassung zufolge nur auf einfache schon bestehende Pfandrechte bezogen; gleiches gilt von dem wegen Contractsfoderungen an den künftigen (nachmals erworbenen) Sachen des Pfandschuldners in Fr. **28**. *de Jure Fisci.* Dem erstern könnte zwar wegen der allgemeinern Fassung allerdings eine weitere Ausdehnung auf andere Gläubiger beigelegt werden, allein diese Möglichkeit schließt doch die rechtliche Folge nicht aus, daß, wenn der Vorzug eines andern Pfandrechts sich specieller nachweisen und sein Verhältniß zu jenem sich aus speciellern Umständen genauer beurtheilen läßt, dadurch jener Grund der Allgemeinheit überwogen werden müsse. Dies wird sich aber aus dem Folgenden ergeben, wonach denn die

---

1) Gleiche Eigenschaft und Rang würden rückstellige Grundabgaben dann einnehmen, wenn das Grundstück — z. B. durch Wasserfluth — wirklich ganz untergegangen ist. Er hat also am Grundstück m. a. W. ein absolut bevorzugtes besonderes, und an dem ganzen Vermögen des Besitzers desselben ein allgemeines bevorzugtes Pfandrecht.

andern fiscalischen Pfandrechte als für Grundabgaben den beiden andern bevorzugten Pfandrechten nachstehen, und daß hier Contractsfoderungen sogar den einfachen älteren Pfandrechten nur in Anwendung auf nachher, d. h. nach dessen Entstehung, erworbene Sachen vorgehen würden.

Für die Bevorrechtung des Pfandrechts wegen der Mitgift, und was dazu gehörig ist (s. S. **305. 316.**), ist Folgendes zu beachten. Nach C. **12.** § **1.** *Qui potiores* etc. und C. **30.** *de Jure dotium* ist dieselbe ausdrücklich wiederholt auf die einfachen creditores anteriores, d. i. temporis privilegio vallatos [1]) bezogen; und sie wird nur dem Pfandrechte für die aus einer frühern Ehe herrührende Mitgift aus dem natürlichen Grunde nachgesetzt, weil unter Gleichberechtigten wieder das Alter entscheidet. (Duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore praerogativam manere volumus.) Nach *Nov.* XCVII. Cap. **3.** wird jedoch diesem Pfandrechte ein neuer Vorzug ausdrücklich beigelegt, indem es nun dem bevorzugten, bis dahin ihm vorgegangenen, oder mindestens in zweifelhafter Stellung zu ihm gewesenen, wegen Anschaffung oder Erhaltung einer Sache vorangestellt wird. Daß auch ältere Pfandrechte wegen versio in rem gemeint seien, kann außer der Allgemeinheit, die dem Vorzug beigelegt worden, darum keinem Zweifel unterliegen, weil die Frau den jüngeren vorgeht, und diese den älteren [2]). Die Frage nun, wie sich das bevorzugte Pfandrecht der Ehefrau zu dem des Fiscus verhalte, ist sicherer dann zu beantworten, wenn der Platz gefunden sein wird, der dem wegen Nutzverwendung gebührt. Die Stelle, welche dem Fiscus ein beschränktes Vorzugsrecht wegen Contractsfoderungen gewährt, enthält, wie gesagt, ohne Zweifel nur eine Zusammenstellung mit älteren einfachen Pfandrechten [3]); erhielt es vor diesen einen Vorzug, so stand es offenbar vorher denselben gleich; daraus folgt, daß das älteste in der Theorie des römischen Rechts anerkannte bevor-

---

1) Das beweist auch Nov. XCVII. Cap. 3. mittelbar.
2) Fritz S. 515. *Mühlenbruch* Doct. Pand. §. 323. (16.)
3) Vgl. Fritz S. 515.

zugte Pfandrecht, das wegen Nutzverwendung, einstmals dem gedachten des Fiscus vorging. Dadurch nun, daß eine einzelne Art der früher im Ganzen gleichbeurtheilten übrigen Gesammtanzahl der Pfandrechte den andern darin begriffenen mit Beschränkung vorgezogen ward, hat offenbar das einzelne schon bisher bevorrechtete nicht berührt werden sollen, sondern es hat, da es gänzlich unerwähnt geblieben ist, seinen frühern ersten Platz behalten. Dazu kommt, daß in Bezug auf solche Sachen, welche zu der Zeit zum gegenwärtigen Vermögen gehörten, wo dieses fiscalische Pfandrecht entstand, das bevorzugte wegen Nutzverwendung mit demselben gar nicht in Collision kommen kann, weil die Gegenstände verschieden sind; in Betreff solcher hingegen, welche zum künftigen gehören, das wegen Nutzverwendung den Grund seines Vorzugs, quia salvam fecit totius pignoris caussam, vollkommen geltend macht. Damit, daß das Pfandrecht der Ehefrau dem wegen Nutzverwendung vorgezogen worden, ist nun also dessen Vorzug vor dem des Fiscus wegen Contractsfoderungen zugleich ausgesprochen. — Schwieriger ist die Entscheidung wegen der Abgaben. Diejenigen [1]), welche den Vorzug derselben leugnen, vermeiden diese Frage ganz; allein wir haben ihn behaupten zu müssen geglaubt. Die einzige Stelle, auf welche es gegründet wird, spricht ganz allgememein von Pfandgläubigern, und ebenso allgemein von dem priore loco obligata esse (sc. bona).

Dennoch dürfte diese Allgemeinheit keine Unbeschränktheit sein. Hätte es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, die Abgaben auch **vor den** zur Zeit der Constitution schon bevorzugten Pfandrechten der Foderungen für Anschaffung und Erhaltung einer Sache zu bevorrechten, so dürfte eine ausdrückliche und besondere Erwähnung derselben nicht fehlen. Da nun außerdem die letztern ihren besondern Vorzugsgrund darin finden, daß sie totius pignoris caussam salvam fecerint, und daraus die Eigenthümlichkeit folgt, daß sie als jüngere den älteren und unter ihnen selbst jene diesen vorgehen, dieser Umstand aber auch auf das Pfandrecht des Fiscus volle

1) **Wächter** a. a. O. S.

Anwendung leidet, so kann die allgemeine Bevorrechtung des letztern auf die genannten beiden keinen nachtheiligen Einfluß üben, sondern läßt diese unberührt.

Denkt man sich nun ein Zusammentreffen aller Arten von Pfandrechten (mit Ausnahme der veralteten wegen Ankaufs einer Militia und der Primipilarschuld), so würden sie in folgender Rangordnung stehen.

I. Das Pfandrecht des Fiscus wegen der Grundabgaben.

II. Das Pfandrecht wegen des Eingebrachten der Ehefrauen, und zwar bei mehreren das der ersten vor der zweiten u. s. w., sammt allem was dahin gehört.

III. Die Pfandrechte aller Derer, welche eine Foderung haben, die zum Nutzen des Schuldners durch Anschaffung oder Erhaltung einer Sache (Wiederherstellung eines Hauses) verwendet worden ist, an dieser, gleichviel ob sie gesetzliche oder freiwillige sind, und zwar, wenn für die Erhaltung an derselben Sache, das jüngere vor dem ältern.

IV. Die Pfandrechte des Fiscus wegen der Abgaben, soweit sie nicht als Grundabgaben in der ersten Klasse Befriedigung erhalten, und wegen Contractsfoderungen an dem nachmals erworbenen Vermögen seines Schuldners; ingleichen die des Regenten, seiner Gemahlin und des Thronfolgers; die letzteren durch einander nach dem Alter.

V. Die öffentlichen und gleichsam öffentlichen und die nothwendigen (mit Ausnahme der unter VII.) Pfandrechte [1]) nach dem Alter.

VI. Die privaten vertragsmäßigen und die richterlichen nach dem Alter.

VII. Die testamentarischen ohne Rücksicht auf das Alter, und die gesetzlichen für die Vermächtnißberechtigten.

---

1) Unter diesen also auch der Fiscus an dem vor dem Entstehen der Contractsfoderung schon dem Schuldner gehörigen Vermögen.

Diese nehmen darum den letzten Rang ein, weil sie eine Verfügung über den Nachlaß enthalten, und von diesem erst nach Abzug der Schulden die Rede sein kann [1]), (s. o. S. 642.)

Die Rangverhältnisse sind übrigens der Aenderung durch Willkühr der Betheiligten, Vertrag, Verzicht u. s. w. unterworfen [2]), so wie es sich versteht, daß das Absonderungsrecht (s. §. 66.) seinen Einfluß unter allen Umständen behält.

§. 68.

Von dem Rechtsverhältniß des nachstehenden Gläubigers.

Der vorgehende Pfandgläubiger hat in der Ausübung seiner pfandrechtlichen Befugnisse auf den nachstehenden so wenig Rücksicht zu nehmen, und ist darin durch diesen so wenig behindert, wie wenn er gar nicht vorhanden wäre. Das Verhältniß des letztern ist hingegen gerade umgekehrt; er hat, so lange der erste nicht durch Befriedigung oder sonst außer Beziehung zum Pfande gesetzt ist, noch kein absolutes Recht auf das Pfand, und gegen jenen selbst noch gar keines [3]). — Ueber den Gesichtspunkt, aus dem dieses Verhältniß betrachtet werden muß, sind in der neuern Zeit mannigfaltige Streitigkeiten entstanden. Es ist nemlich die veraltete [4]) Vorstellung wieder aufgetaucht [5]), die spätere Verpfändung sei eine bedingte, vor der Hand nur eine Hoffnung auf ein Pfandrecht; es müsse also durch spätere Ereignisse erst gestärkt und bestätigt werden. Sie ist aber, und mit Recht, nachdrücklichst abgewiesen und die angeblich bedingte Gültigkeit als ganz unzulässig dargethan worden [6]); um dies zu fühlen,

---

1) Vergl. Glück XIX. S. 351. C. ult. §. 5. *de Jure deliberandi.*

2) Dann gilt aber beziehungsweise die Anmerk. 5. zu S. 536.

3) Fr. 12. §. 1. *Qui potiores.* — Si, quoniam non restituebat rem pigneratam possessor, condemnatus ex praefatis modis litis aestimationem exsolverit, an perinde secundo creditori teneatur, ac si soluta sit pecunia priori creditori, quaeritur. Et recte puto hoc admittendum esse. (MARC. *l. l.*) *Donell.* l. l. p. 534.

4) *Suerin.* repetit. lect. jur. Cap. 21. in Thes. Ott. IV. 49.

5) S. Gesterding a. a. O. S. 106. u. 224 ff.

6) Hepp angef. Recens. S. 498.

braucht man sich in der That, beim Mangel aller Begründung derselben in den Quellen, nur des Unterschiedes zu erinnern, der zwischen dem Haben eines Rechts, und es noch nicht ausüben Können besteht. Da die einzelnen Befugnisse des erstern, und die des nachstehenden Pfandgläubigers zum Theil in völligem Einverständniß aller Rechtslehrer und unbestritten, zum andern Theil, wenn auch bestritten, doch mit Sicherheit jetzt entschieden sich aufzählen lassen, so kann zwar zu deren weitern Beurtheilung auf einen allgemeinen Gesichtspunkt für dieses Pfandrecht in der That nicht gerade viel ankommen; doch läßt sich ein solcher von rückwärts her vollständig gewinnen, und man kann es ein relatives im Gegensatz zum absoluten des vorgehenden Gläubigers nennen.

Daß dem nachstehenden Gläubiger nemlich ein in der Bezeichnung ganz gleichstehendes und außer dem Vorrang des vorgehenden in nichts als verschieden erklärtes, also ein wahres Pfandrecht überhaupt zugeschrieben werde, ist aus zahlreichen Stellen ohne Widerspruch ersichtlich [1]. Zwar findet man hin und wieder die Hyperocha [2] eines Pfandes an zweiter Stelle als verpfändet namhaft gemacht, allein hierüber geben die Quellen ebenso genügende als bestimmte Erklärung dahin, daß dies nur zu geschehen pflege, um der Strafe der zweiten Verpfändung ohne Verlautbarung der Pfandverhaftung zu entgehen [3], nicht den Umfang des

---

1) S. nur z. B. Fr. 12. pr. u. § 7. *Qui potiores.*

2) Fr. 20. *eod.* — Quaerebatur, si post primum contractum tuum, antequam aliam pecuniam tu crederes, eidem debitori Sejus credidisset quinquaginta, et hyperocham hujus rei, quae tibi pignori data esset debitor obligasset, dehinc tu eidem debitori crederes forte quadraginta, quod plus est, in pretio rei, quam primo credidisti, utrum ei ob quinquaginta, an tibi in quadraginta cederet pignoris hyperocha — finge, Sejum paratum esse offerre tibi summam primo ordine creditam, —? Dixi, consequens esse, ut Sejus potior sit in eo, quod amplius est in pignore, et oblata ab eo summa primo ordine credita, usurarumque ejus, postponatur primus creditor in summam, quam postea eidem debitori credidit. (TRYPH. 8. *disp.*)

3) Fr. 15. §. 2. *de Pignoribus.* — Qui res suas jam obligaverint, et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati, qui saepius easdem res obligant, praedicere solent, alii nulli rem obligatam esse, quam forte Lucio Titio, ut in id quod excedit priorem obligationem, res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id, quod pluris est aut

Rechts für den zweiten Gläubiger zu bestimmen [1]). Wie sich auf der einen Seite auch ohnedies von selbst versteht, daß der erste Gläubiger vorgehen müsse, mithin die Hyperocha allein dem zweiten bleibe, versteht sich ebenfalls von selbst, d. h. aus der untheilbaren Natur des Pfandrechts, sogar wenn nur ausdrücklich die Hyperocha verpfändet ist, solidam rem inesse conventioni, sobald sie vom ersten Gläubiger befreiet worden [2]). Der erste Gläubiger hat also zwar die vollen pfandrechtlichen Befugnisse gegen den nachstehenden, er kann ihm das Pfand abfodern, dasselbe ohne seine Zustimmung ganz für sich verkaufen, ohne daß jener ihn hindern, oder dazu nöthigen könnte [3]); er kann alle Rechte des Verpfänders auf den Käufer übertragen, und selbst mehr als diese, da die späteren Pfandrechte dadurch alle erlöschen [4]); dagegen hat aber der nachstehende die hypothekarische Klage, und also ein wirksames Pfandrecht wider Jedermann, außer dem vorgehenden Gläubiger und wer von ihm gekauft hat. Wenn er damit wider Dritte pfandrechtliche Befugnisse durchgesetzt hat, und es selbst bis zum Verkauf des Pfandes gekommen wäre, so beeinträchtigt dies dennoch den vorgehenden Gläubiger nicht [5]). (Vergl. §. 70. unter 1. b.) Doch hat er dabei ein Mittel wider den vorgehenden Pfandgläubiger, wodurch er sich die Möglichkeit verschaffen kann, sein Pfandrecht geltend zu machen, das Angebotsrecht, Jus offerendi (s. S. 409 ff.) und das unmittelbare Recht wider ihn auf Herausgabe des Ueberschusses, wenn er das Pfand ver-

---

solidum, quum primo debito liberata res fuerit. De quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo, quod excedit ut sit hypothecae; et solida res inesse conventioni videtur, quum a primo creditore fuerit liberata. An adhuc pars? Sed illud magis est, quod prius diximus. (GAI. *l. s. l.*)

1) Vgl. Hepp a. a. O. S. 500.

2) Fr. 12. §. 4. *Qui potiores.* — Si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate, secundus potior erit; pecunia autem soluta secundo an rursus teneatur tibi, recte quaeritur. Erit autem facti agitanda quaestio, quid inter eos actum sit, utrum ut discedatur ab hypotheca in totum, (quum) prior concessit creditor, alii obligari hypothecam, an ut ordo servetur, et prior creditor secundo loco constituatur. (MARC. *l. l.*)

3) Fr. 12. pr. *eod.* C. 3. *Si antiquior.*

4) Löhr a. a. O. S. 169.

5) Fr. 1. *de Distract. pign.*

kauft hat [1]). Dagegen hat er aber noch nicht das Recht zur Veräußerung, sondern in Bezug auf diese Hauptwirkung des Pfandrechts und deren absolute Geltendmachung, d. h. gegen den ersten Pfandgläubiger, heißt es: secundus creditor omnino nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori et loco ejus succedat [2]), und in diesem Sinn ist das wiederholt vorkommende: offerendo confirmat sibi pignus, zu verstehen [3]), wonach er freilich die volle Ausübung des Pfandrechts erhält [4]).

Diese in klaren Gesetzworten enthaltene und bis auf die neueste Zeit unerschüttert gebliebene Vorschrift, welche auch noch darin sich unverkennbar wirksam zeigt, daß im Fall der Veräußerung durch den vorgehenden Pfandgläubiger nicht dieser, sondern der Verpfänder für Entwährung haftet, bei der durch den nachstehenden hingegen er selbst, mithin dieser nicht als Folge einer mit rechtlicher Wirkung ausgeübten Befugniß erscheint, hat jüngst Anfechtung erlitten [5]), allein von den dafür aufgestellten Gründen können nur zwei als einigen Schein für sie verbreitend auf widerlegende Berück-

---

1) Fr. 12. §. 5. *Qui potiores.* — Papinianus lib. 11. respondit, si prior creditor postea novatione facta eadem pignora cum aliis accepit, in suum locum eum succedere; sed si secundus non offerat pecuniam, posse priorem vendere, ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam quam postea credidit, et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat. (MARC. *l. l.*) Fr. 20. *eod.*

2) Fr. 12. §. 9. *Qui potiores.*

3) C. 22. *de Pignoribus.* — Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus, et a debitore sortem, ejusque tantum usuras, quae fuissent praestandae, non etiam usurarum usuras petere potest. (*Diocl.*) C. 1. *Qui potiores.* — Qui secundo loco pignus accepit, ita jus suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut quum obtulisset, isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit, nec in usus suos convertit. (*Sever.*) C. 5. *eod.*

4) Fr. 5. pr. *de Distract. pign.* — Quum secundus creditor oblata priori pecunia in locum ejus successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit. (MARC. *l. l.*) C. 8. *Qui potiores.* — Diversis temporibus eadem re duobus jure pignoris obligata, eum, qui prior data mutua pecunia pignus accepit, potiorem haberi, certi ac manifesti juris est, nec alias secundum creditorem distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas. (*Diocl.*)

5) Durch Bopp in der Zeitschr. Bd. III. S. 234 ff. Dagegen Löhr im Archiv Bd. XIV. S. 169 ff. XV. S. 350. Fritz zu Wening S. 532 f. und meine pfandrechtl. Streitfragen Nr. V. S. 122 ff.

sichtigung Anspruch machen. Der eine besteht in der angeblichen unmittelbaren Unterstützung, den die Meinung, daß der nachstehende gleich dem vorgehenden Gläubiger solle verkaufen dürfen, in **Fr. 15. §. 5.** *de Re judicata* (S. **644.**) finden soll; diese Stelle handelt aber nur davon, daß auch verpfändete Sachen bei gerichtlicher Hülfsvollstreckung abgepfändet und verkauft werden können, also von dem Rechte des Richters, bei der Urtheilsvollstreckung für den frühern und den spätern Gläubiger eine Veräußerung vorzunehmen [1]); das gilt natürlich von jedem Gläubiger und nicht blos vom nachstehenden Pfandgläubiger, und daß ersterer ein Pfandrecht durch die Auspfändung erhält, ändert darum nichts, weil er gar nicht selbst verkauft, sondern der Richter für alle Betheiligte. Der andere Grund, daß das zweite Pfandrecht als solches doch die Veräußerungsbefugniß haben müsse, wird am treffendsten dahin beantwortet [2]), daß ihm ja diese auch in der That nicht abgehe, nur habe er sie erst dann, wenn er den vorgehenden abgefunden habe; und man wird doch nicht behaupten, ein Recht sei nur dann vorhanden, wenn man sogleich alle darin liegenden Befugnisse ausüben könne? — Daran kann auch der Umstand nichts ändern, daß ja ein bisher in erster Stelle vollberechtigter Pfandgläubiger dadurch nun um sein Verkaufsrecht kommen könne, daß ein anderer ein bevorzugtes Pfandrecht erhalte, z. B. der Schuldner eine Frau mit reicher Mitgift heirathe? — Das kann er allerdings, allein die Schuld hiervon ist lediglich dem Gesetz beizumessen; wäre jener Einwurf von Einfluß, so dürfte ja der Vorzug des Alters auch nicht verloren gehen? Da nun aber die Veräußerungsbefugniß nothwendige Folge des Vorzugsrechts ist, so geht sie auch mit diesem unter. Der Gläubiger beklage sich immerhin über die hier unbilligen Gesetze, allein so lange es stillschweigende Hypotheken giebt, die vor älteren ausdrücklichen

---

1) Der nachstehende Gläubiger kann aber die etwa vorgeschossenen Kosten des Verkaufsverfahrens nicht vor dem ältern fodern, noch das Gericht sie diesem als in rem versa anrechnen, sondern es hat sie der Extrahent zu bezahlen; s. jurist. Zeitung von Elvers 1829. S. 267.

2) Löhr a. a. O. S. 177.

den Vorraug haben, setzt sich jeder Pfandgläubiger dem wissentlich aus, durch eine solche Schaden zu leiden. Es ist gar nicht in Abrede zu stellen, daß hierin eine Gefährdung liege, die ein geregelteres Hypothekenwesen abhelfen kann, und unsern Zeitbedürfnissen gemäß auch manches Partikularrecht völlig vermeidet, allein so lange das gemeine Recht gilt, muß sich das jeder Pfandgläubiger ebensowohl gefallen lassen, als den Untergang des Pfandes selbst. Es folgt daraus nichts weiter, als daß der persönliche Credit bei den Römern in höherm Ansehen gestanden haben müsse, als bei uns. — Etwas ganz Anderes ist es, daß der nachstehende Pfandgläubiger (gleich dem Eigenthümer beim besondern Pfande, (s. S. **542**.), in Unterhandlung mit einem Käufer treten könne, sich diesem aber nur vorläufig verpflichtet, so daß der Verkauf erst durch volle Befriedigung des vorgehenden Gläubigers Gültigkeit gewinnt, und dann das Eigenthum übergeht [1]). Denn in der Befriedigung liegt thatsächlich das Angebot der Foderung an den vorstehenden Gläubiger, und damit entsteht die Befugniß zum gültigen Verkauf. — Damit ist dann auch hinlänglich erklärt, warum des Verkaufs eines Pfandes durch den zweiten Gläubiger, außer im Fall des Irrthums, oder des Betruges, mithin so, daß an ein Recht des zweiten Gläubigers zu denken wäre, gar nicht Erwähnung geschieht [2]). Dieser Umstand ist seiner negativen Natur ungeachtet von größter Bedeutung; denn wäre ein Recht für den nachstehenden Gläubiger vorhanden, als Pfandgläubiger zu verkaufen, so müßten sich daraus so wichtige und zahlreiche Folgen gestalten, daß deren Nichterwähnung in unsern Quellen eine so große Lücke und ein solcher wesentlicher Mangel wäre, wie weiter kein ähnlicher nachzuweisen ist; zumal in so vielen Stellen es so nahe lag, sie auszufüllen.

Vom Hauptmittel des nachstehenden Gläubigers, wider den vorgehenden sein Recht zu sichern, dem Angebots-

---

1) S. meine pfandrechtl. Streitfragen S. 131 ff.
2) S. Fr. 1. *de Distractione pignoris*.

rechte, ist oben S. 409 ff. gehandelt worden. — Es versteht sich übrigens, daß das nachstehende Pfandrecht auch durch jede andere Art des Erlöschens des vorgehenden an dessen Stelle tritt [1]).

---

1) Fr. 4. *Qui potiores.* — Si debitor, antequam a priore creditore pignus liberaret, idem illud ob pecuniam creditam alii pignori dedisset, et antequam utrique creditori solveret debitum, rem aliam priori creditori vendiderit, creditumque pensaverit cum pretio rei venditae, dicendum est perinde haberi debere, ac si priori creditori pecunia soluta esset; nec enim interesse, solverit an pensaverit; et ideo posterioris creditoris caussa est potior. (POMP. 35. *ad Sab.*)

Zwölfter Abschnitt.

Von

dem Erlöschen des Pfandrechts.

§. 69.

Von dem Erlöschen des Pfandrechts neben und abhängig von dem der Hauptfoderung.

Das Pfandrecht, als kein selbstständiges, sondern ein solches Recht, dessen Entstehung und Dauer von dem eines andern abhängt [1]), welches seinerseits sehr wohl ohne ersteres bestehen kann, kann zwar aus ihm eigenthümlichen oder mit andern Rechten gemeinschaftlichen Gründen auch für sich allein erlöschen, allein mit jenem muß es allemal untergehen. Dies geschieht stets dann, wenn der Begriff der Satisfactio [2]) der Hauptfoderung für den Gläubiger [3]) eintritt, und zwar in der Regel ipso jure [4]), und gleichviel auf welche Weise

1) Fr. 43. *de Solution.* — In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora; praeterquam quod inter creditorem et adpromissores confusione facta reus non liberatur. (ULP. 2. *regul.*) coll. 44. *eod.* und dazu die Anm. im deutschen C.J.

2) Fr. 6. pr. *Quibus modis pignus.* — Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est. Sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus, vel si qua ratione obligatio ejus finita est. (ULP. 73. *ad Ed.*)

3) Es richtet sich nemlich hier nach der Art des Erlöschens der Hauptfoderung, s. Gesterding S. 329 f.

4) In anderm Sinn macht sich dieser Begriff bei der Erlöschung des Pfandrechts allein geltend, s. Fr. 9. §. 3. u. 10. *de P. A.* und den folgenden §. 70. und oben §. 17. S. 102. Denn zwischen satisfactio und solutio ist hier ein großer Unterschied vorhanden, da jene vom Willen des Gläubigers abhängt, diese nicht, s. Fr. 6. §. 1. *Quib. modis pignus.*

die Foderung, nur freilich in ihrem ganzen Umfang [1]) und in jeder Hinsicht, erloschen sei [2]). Dahin gehört nun vor Allem Zahlung [3]) im weitesten Sinne, d. i. im Gegensatz zur Satisfactio im engern Sinne, nur muß dieselbe in gutem Gelde geschehen [4]), der Gläubiger zu deren Annahme genö-

---

1) Hat Einer mehrere Pfandfoderungen, z. B. ererbt, oder sonst erhalten, so erlischt mit der Tilgung einer jeden das dafür bestehende Pfandrecht, während für die fortbestehenden die übrigen weiter dauern, s. Fr. 15. *Quib. modis pignus*.

2) Fr. 9. §. 3. *d.*

3) Fr. 10. *de P. A.* — Quodsi non solvere sed alia ratione satisfacere paratus est, forte si expromissorem dare vult, nihil ei prodest. (GAI. 9. *ad Ed. prov.*) Fr. 6. §. 1. *Quib. mod. pign.* — Qui paratus est solvere, merito videtur pignus liberasse; qui vero non solvere sed satisfacere paratus est, in diversa caussa est. Ergo satisfecisse prodest, quia sibi imputare debet creditor, qui satisfactionem admisit vice solutionis; at qui non admittit satisfactionem, sed solutionem desiderat, culpandus non est. §. 2. In satisdatione autem non utimur Atilicini sententia, qui putabat, si satisdetur alicui certae pecuniae, recedere eum a pignoribus debere. (ULP. 73. *ad Ed.*) Fr. 1. pr. *eod.* (S. 404.) §. 1. Quum venditor numerata sibi parte pretii praedium, quod venierat pignori accepisset, ac postea residuum pretium emtori literis ad eum missis donasset eoque defuncto donationem quibusdam modis inutilem esse constabat, jure pignoris fiscum frustra petere praedium, qui successerat in locum venditoris, apparuit; cujus pignoris solutum esse pactum prima voluntate donationis constabat, quoniam inutilem donationem lex facit, cui non est locus in pignore liberando. §. 2. Defensor absentis cautionem judicatum solvi praestitit; in dominum postea judicio translato, fidejussores ob rem judicatam, quos defensor dedit non tenebuntur, nec pignora, quae dederunt. (PAP. 11. *resp.*) Coll. Fr. 8. §§. 7. 8. 9. *eod.* Fr. 13. §. 4. *de Pignoribus.* — Etiamsi creditor judicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas habet conditiones hypothecaria actio, i. e. si soluta est pecunia aut satisfactum est, *quibus cessantibus tenet*; et si cum defensore in personam egero, licet is mihi satisdederit, et damnatus sit, aeque hypotheca manet obligata. Multo magis ergo si in personam actum sit, sive cum reo, sive cum fidejussore, sive cum utrisque pro parte, licet damnati sint, hypotheca manet obligata; nec per hoc videtur satisfactum creditori, quod habet judicati actionem. (MARC. *l. l.*) Fr. 49. *de Solution.* — Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. Sed et si jussu ejus alii solvitur, vel creditori ejus, vel futuro debitori, vel etiam ei, cui donaturus erat, absolvi debet. Ratam quoque solutionem si creditor habuerit, idem erit. Tutori quoque si soluta sit pecunia, vel curatori, vel procuratori, vel cuilibet successori, vel servo actori, proficiet ei solutio. Quodsi acceptum latum sit, quod stipulationis nomine hypotheca erat obligata, vel sine stipulatione accepta sit, solutionis quidem verbum non proficiet, sed satisdationis sufficit. (MARC. *l. l.*) Coll. C. 8. *de Pignoribus.*

4) Fr. 24. §. 1. *de P. A.*

thigt, oder die sonst dann nöthigen Maaßregeln (gerichtliche Hinterlegung)[1]) getroffen werden, und ihm das Gezahlte oder die gleich große Summe von Niemand wieder abgefodert werden können[2]); es ist dabei einerlei, von wem[3]) (für den Schuldner)[4]) und an wen sie geschieht, ob an den Gläubiger selbst, oder an einen Dritten dergestalt, daß er sie für ihm geleistet anerkennen muß, welche Verpflichtung auch durch Genehmigung ersetzt werden kann. Ferner, Aufhebung der Foderung auf jede Art und Weise, als: Schenkung oder Erlaß der Schuld[5]), sonstiger Wegfall der Hauptverpflichtung[6]), z. B. der Vertreter oder Vormünder[7]), wenn sich ergiebt, daß die zur Sicherheit von ihnen bestellten Pfänder darum unnöthig sind, weil sie zahlungsfähig sind, desgleichen durch Gegenrechnung, Gebung und Annahme an Zahlungs Statt, Befriedigung durch Verkauf des Pfandes, oder durch dessen Früchte[8]), oder durch Empfang der Streit-

---

1) C. 19. *de Usuris*. C. 10. *de P. A.* Fr. 20. §. 2. *eod.* Damit hört auch der Zinslauf auf; C. 20. *de Pignoribus*.

2) Fr. 21. *de Jure Fisci*. — Titius, qui mihi sub pignoribus pecuniam debebat, quum esset fisci debitor, solvit mihi quae debebat; postea fiscus jure suo usus abstulit mihi pecuniam; quaerebatur, an liberata essent pignora. Marcellus recte existimabat, si id, quod mihi solutum est, fiscus abstulit, non competere pignorum liberationem; neque differentiam admittendam esse existimo interesse putantium, id ipsum, quod solutum est, an tantundem repetatur. (PAUL. 3. *qu.*)

3) Der dritte Auslöser des Pfandes, dessen Aushändigung er zu fodern ein Recht erhält, bekommt in diesem Fall, je nachdem er als Bürge jura cessa überkommen, die Hauptklage, ohne solche die Mandatsklage, und der bloße Geschäftsbesorger die neg. gestorum Actio, s. Fr. 2. *de Pignoribus*, Fr. 1. pr. *Quib. modis pignus*, C. 21. *de Pignoribus*. Fr 32. pr. *de Negot. gest.* vgl. Westphal a. a. O. S. 327 f. Wening a. a. O. Th. II. S. 149. u. oben §. 47. 4.

4) Der Schuldner erhält ein Recht wider den Dritten auf Einlösung des Pfandes, wenn dieser dazu auf irgend eine Weise, z. B. durch testamentarische Verfügung verpflichtet ist, s. Fr. 86. §. 1. *de Legatis* I.

5) Fr. 17. §. 2. *de Pactis*. — De pignore jure honorario nascitur actio, tollitur autem per exceptionem, quoties paciscor ne petam. (PAUL. 3. *ad Ed.*) cf. Fr. 5. pr. *Quibus modis pignus*. Fr. 2. §. 1. Fr. 3. *de Pactis*. C. 7. *de Remiss. pign.* Vgl. Fritz S. 543. gegen Wening S. 441. und Glück XIX. S. 419.

6) C. 2. *de Pactis pignorum*. (vgl. oben S. 37.) Fr. 11. §. 2. *de P. A.* (s. S. 238.)

7) Fr. 1. §. 2. *Quib. modis pignus*. Fr. 39. §. 5. *de Administr. et periculo*.

8) C. 1. *de Distract. pign.*

würderung vom beklagten Pfandbesitzer[1]), Unterstellung und Annahme eines andern Schuldners[2]), Erneuerung[3]) der Schuld[4]). Nicht minder: außergerichtlicher Schwur des Schuldners, daß er nichts schuldig sei[5]), Verjährung der persönlichen Klage, weil damit das Recht selbst erlischt (s. o. S. **51.** u. **578.**), womit freilich nicht andere Fälle zu verwechseln sind, in denen zwar die Klage verloren geht, aber die natürliche Obligation fortbesteht; Confusion, d. h. der Zusammenfluß der Rechte des Gläubigers oder des Bürgen, und des Schuldners in eine Person, also durch gegenseitige

---

1) Fr. 8. §. 19. *Quibus modis pignus.* — Si creditor hypothecaria usus a possessore litis aestimationem consecutus fuerit, et a debitore petat debitum, puto doli mali exceptionem ei obstituram. (MARC. *l. l.*)

2) C. 3. *de Luitione pignoris.* — Si reddita debita quantitate, vel rebus in solutum datis sive distractis, et compensato pretio satis ei, contra quem supplicas, factum esse adito Praeside provinciae probaveris, vel si quod residuum debetur obtuleris, ac si non acceperit, deposueris consignatum, restitui tibi res pacto pignoris obligatas providebit, quum etiam Edicto perpetuo actione proposita, pecunia soluta creditori, vel si per eum factum sit, quominus solveretur, ad reddenda ea, quae pignori acceperat, jure eum satis evidenter urgeri manifestum sit. (*Gord.*)

3) Es giebt eine Stelle, Fr. 16. §. 5. *de Pignoribus.* — Creditor hypothecam per sententiam sibi adjudicatam, quemadmodum habiturus sit, quaeritur? Nam dominium ejus vindicare non potest. Sed hypothecaria agere potest, et si exceptio objicietur a possessore rei judicatae, replicet: si secundum me judicatum non est. (MARC. *l. l.*) mit der man nicht recht weiß, was man anfangen und wo man sie hinbringen soll, vgl. die Glosse, Ram. del Manzano ad h. l. in *Meerm.* Thesaur. T. VI. p. 122. und Westphal a. a. O. S. 332. Da die Res judicata eine Novation herbeiführte, so mögte sie noch am richtigsten davon zu verstehen sein, daß dem ungeachtet die Hypothek keine Veränderung leiden solle (s. Seite 658. Anm. 3.) Allein die Frage, wie im vorliegenden Fall der Gläubiger dazu kommen solle, den Pfandbesitzer zum zweitenmale mit der hypothekarischen und nicht mit der *rei judicatae* Actio zu belangen, läßt sich nicht genügend beantworten, man müßte denn annehmen, die Frist zur letztern sei verstrichen gewesen.

4) Fr. 18. *de Novation.* — Novatione legitime facta, liberantur hypothecae et pignus. (PAUL. 57. *ad Ed.*) Fr. 11. §. 1. *de P. A.* — Novata autem debiti obligatio pignus perimit, nisi convenit, ut pignus repetatur. (ULP. 28. *ad Ed.*) cf. C. 13. *de Solution.* C. un. *Etiam ob chirograph.* Einen besondern Ausnahmefall s. C. 8. *ad SCtum Vellejanum.*

5) Fr. 13. *Quibus modis pignus.* — Si deferente creditore juravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur quia perinde habetur, atque si judicio absolutus esset; nam etsi a judice, quamvis per injuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur. (TRYPH. 8. *disp.*)

Beerbung [1]). Merkwürdig hierbei ist der Uebergang des Pfandrechts von einer Obligation auf die andere. Wenn nemlich z. B. der Bürge für seine Bürgschaftsobligation ein Pfand und auch noch einen Bürgen bestellt und der Hauptschuldner ihn beerbt hat, so erlischt jene, weil sie in die des letzteren hineinfällt; ferner die Obligation des Afterbürgen, weil die des Hauptbürgen, wofür er gutgesagt, erloschen ist, allein die Pfandobligation dauert fort, und geht also gewissermaßen auf eine andere Hauptschuld über. Diese positive Vorschrift, welche nicht folgerichtig zu sein scheint, ist wiederholt erläutert worden [2]). In der That ist diese Erscheinung wenigstens nicht die einzige, wo ein Pfand für eine andere Obligation haftet, als es ursprünglich bestellt worden ist, wenn man sich erinnert, daß die res invectae et illatae des Aftermiethsmannes auf Höhe seines Miethszinses dem ersten Vermiether haften, nur daß freilich dann eine Gegenrechnung die Obligation des ersteren gegen seinen Vermiether beziehungsweise aufhebt. In unserm Fall suchte man sich bisher am besten noch durch die Annahme zu helfen, daß das Pfand ursprünglich in einer Beziehung zur Obligation des Hauptschuldners stehe, freilich nur in einer bedingten und beschränkten, (diese letztere Eigenschaft kann auch nunmehr in der Hand des Hauptschuldners nicht geändert werden, so daß also, m. a. W., das Pfand bei ihm nicht anders haftet, als vorher beim Bürgen, es heißt: obligatum *manebit,*) und daß es darum forthafte, weil die Obligation des Bürgen eigentlich nur durch eine Juris subtilitas aufgehoben werde. Wir suchen die Veranlassung zu dieser Erscheinung in dem Umstande, daß der Hauptschuldner Eigenthümer des Pfandes wird, und es allerdings der Absicht der Contrahenten

---

1) Fr. 38. §. 5. *de Solution.* — Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit, post idem heredem te instituit, quamvis ex fidejussoria caussa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit; at si idem alium fidejussorem dederit, atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait sublata obligatione ejus, pro quo fidejussum sit, eum quoque, qui fidejusserit, liberari. (AFR. 7. *qu.*)

2) S. *Cujac.* Tract. VII. ad African. ad h. l. *Averan* Interpr. jur. II. 11. inf., und Gesterding a. a. O. S. 329. u. A. bei diesem.

ganz entgegengesetzt sein würde, eine fremde **gültig** verpfändete Sache darum dem Pfandverbande zu entziehen, weil sie in eine Lage kommt, wo sie der Hauptschuldner gleich würde ohne fremden Zutritt haben gültig verpfänden können [1]).

Für die vorhergedachte Erneuerung der Schuld ist noch zu bemerken, daß das Pfandrecht dabei in der Art vorbehalten werden kann, daß es — auch gegen andere für später, also früher als die erneuerte, entstandene Foderungen bestellte Pfandrechte gehalten, — in seiner ursprünglichen Stelle bleibt, ohne daß die geringste Veränderung angenommen würde [2]); man erklärt dies juridisch aber wie eine Nachfolge an seine eigene Stelle (s. o. S. **403**.).

Eine besondere Erlöschungsart des Pfandrechts mit der Hauptfoderung ist in Betreff des Seedarlehns (Nauticum foenus) zu erwähnen; da nemlich dieser Begriff nothwendig voraussetzt, daß der Gläubiger die Gefahr trage, so erlischt das Pfandrecht für die erlaubten höheren Zinsen, mit der Hauptfoderung selbst, sobald die Gefahr dafür auf irgend eine Weise — Vertrag, Endtermin, Bedingung — wegfällt [3]).

In allen bisher behandelten Fällen erlischt das Pfandrecht absolut, das Pfand mag sich befinden, in wessen Händen es sei [4]).

---

1) **Mühlenbruch** Cession S. 411. erklärt dies davon, daß **früher** das Pfandrecht als von der Bürgschaft verschieden behandelt ward, so daß es auch besonders abgetreten werden muß, wenn die Hauptfoderung durch Cession überging (s. o. S. 404. Anm. 7.), weil es ursprünglich durch Fiducia entstand, und diese Eigenthumsübertragung enthielt. Wäre diese Vermuthung richtig, so erklärt unsere obige Ansicht wenigstens die Beibehaltung dieser Vorschrift im **Corpus Juris**.

2) Fr. 3. pr. *Qui potiores.* — Creditor acceptis pignoribus, quae secunda conventione secundus creditor accepit, novatione postea facta pignora prioribus addidit; superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedenti. (PAP. 11. *resp.*) coll. Fr. 12. §. 5. *eod.* Fr. 11. §. 1. *de P. A.*

3) Fr. 4. pr. u. 6. *de Nautico foenore.*

4) Fr. 5. pr. *Quibus modis pignus.* — Solvitur hypotheca, et si ab ea discedatur, aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat, nisi si quis dicat, pactum interpositum esse, ut a persona non petatur; et quid si hoc actum sit, quum forte alius hypothecam possidebit? Sed quum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem et in hoc casu possunt dici, ut et ab hypotheca discedatur. (MARC. *l. l.*)

Der Tilgung der Schuld durch Zahlung steht der Fall gleich, wenn es am Gläubiger allein liegt, daß die Zahlung unterbleibt [1]).

Wird eine getilgte oder erloschene Foderung wieder in den vorigen Stand eingesetzt, so lebt das Pfandrecht wieder auf [2]); es sei denn, daß die Foderung vom Gläubiger, (natürlich nicht zum Schaden seiner Gläubiger, dann träten andere Gründe ein), erlassen, und dieser Erlaß aus rein-rechtlichen Gründen vom Gesetz für ungültig erklärt würde, dann lebt das durch den Willen erloschene Pfandrecht nicht wieder auf, sondern für dieses bleibt der Erlaß wirksam [3]).

§. 70.

Von dem Erlöschen des Pfandrechts ohne das der Hauptfoderung.

Allein erlischt das Pfandrecht auf mannigfaltige, theils ihm eigenthümliche, theils mit andern Rechten gemeinschaftliche Weise. Der Umstand, daß man es bisher den s. g. dinglichen Rechten beizählte, läßt fast überall [4]) eine Hinweisung auf die Erlöschungsarten der zu den letztern gezählten Rechte finden. Allein so wenig die Eintheilung der Rechte in solche an fremden Sachen und andere den Quellen angemessen ist, ist es möglich, bestimmte Erlöschungsarten folgerichtig aus einer ihnen beigemessenen eigenthümlichen Natur zu entwickeln, ohne daß sie nicht auch theils für andere als die genannten Rechte paßten, oder Ausnahmen nöthig machen [5]), welche die ganze Regel umwerfen. Es ist somit

---

1) Fr. 20. §. 2. *de P. A.* — Si per creditorem stetit, quominus ei solvatur, recte agitur pigneraticia. (PAUL. 29. *ad Ed.*) C. 12. *eod.*

2) Fr. 10. §. 1. *Quod metus caussa.* Fr. 27. §. 2. u. 50. *de Minoribus*, das antiquirte Fr. 7. §. 6. *de Donation. i. v. et ux.* C. 5. *de Remission.* — Debitum cujus meministi, quod per pacti conventionem inutiliter factam remisisti, etiam nunc petere non vetaris, et usitato more pignora vindicare. (241.)

3) So dürfte dem Fr. 1. §. 1. *Quibus modis pignus* ein allgemeiner Satz abgewonnen sein. Umgekehrt findet das Gegentheil Statt, s. Fr. 4. §. 2. *eod.*

4) S. z. B. Wening a. a. O. S. 441. Dazu Fritz S. 543. und 255—75.

5) S. Fritz S. 254.

am zweckmäßigsten und richtigsten zugleich, die Erlöschungsarten einzeln ohne alle weitere, ganz nutzlose, Versuche einer systematischen Eintheilung oder Ordnung aufzuzählen; es sind folgende:

1. Auflösende Bedingung oder Endtermin. Pfandrechte können durch Vertrag an beide geknüpft sein, so daß sie durch ihren Eintritt aufgehoben werden [1]). Der Streit, ob der dinglich Berechtigte dadurch verpflichtet werde, sein Recht zurück zu übertragen, oder ob es von selbst zurückfalle, geht uns bei der als Obligation erkannten Eigenschaft des Pfandrechts nichts an; mit dem Eintritt jener erlischt es unmittelbar. Uebergebene Pfänder können und müssen mit der Pfandhauptklage zurückgefodert werden.

2. Aufgehobenes Recht des Verpfänders an dem Pfandgegenstande [2]). Für diesen in seiner Anwendung im Einzelnen sich mannigfaltig gestaltenden und genauer Unterscheidung bedürftigen Fall, läßt sich die allgemeine Regel aufstellen, daß, wenn zur Zeit der Verpfändung bereits ein solcher in der Natur des Rechts des Verpfänders selbst gelegener Grund vorhanden ist, welcher, wenn er wirksam wird, dasselbe dergestalt überwiegt, daß der, welcher ihn geltend macht, die aus des Verpfänders Befugniß über die Sache hervorgegangenen Verfügungen nicht anzuerkennen braucht, die Verpfändung kraftlos wird. Im weitern Sinn lassen sich hieher freilich auch Fälle ziehen, wie z. B. das mit dem Besitzer im guten Glauben in die Schranken tretende Recht des wahren Eigenthümers, weil dieser ebenfalls die Verfügungen des erstern über die Sache nicht anzuerkennen braucht; allein sie kommen darum hier doch nicht in Betracht, weil der Eigenthümer jenen gar kein Recht an der Sache zugesteht, in den hier gemeinten Fällen aber der Stärkerberechtigte dem Andern allerdings ein Recht einräumt, nur ein der Dauer nach beschränktes. Sie gehören vielmehr zu der Frage, wider Wen das Pfandrecht beziehungsweise geltend ge-

---

1) Fr. 6. pr. *Quibus modis pignus.*
2) S. Gesterding a. a. O. S. 347 ff. Fritz im Archiv Bd. VIII. 11. u. zu Wening S. 266 ff.

macht werden könne (s. S. **210.**, **565.** und **635.**). Es sind hieher also nur die Fälle zu zählen, welche mit der Rechtsregel, resoluto jure dantis, solvitur jus accipientis, in Verbindung gebracht werden können, die bei den ausgeschlossenen gar nicht vorkommen kann, weil da kein jus resolvendum vorhanden ist. Als einzelne Beispiele nennen wir: den Verlust des Pfandrechts an der Emphyteuse, wenn der Grundherr dieselbe in Anspruch zu nehmen berechtigt wird [1]); am Pfande (Afterpfandrecht), wenn das Pfandrecht des ersten Gläubigers erlischt [2]); an einer bedingt veräußerten, oder vom Erblasser bedingt vermachten und vom Erben verpfändeten Sache durch den Eintritt der Bedingung [3]); am Nießbrauch durch dessen Verlust für den berechtigten Verpfänder [4]); an einer auflöslich oder widerruflich erworbenen Sache durch Eintritt der Bedingung oder des Grundes zum Widerruf [5]).

Außerdem, daß der Grund des Verlustes des Pfandbestellers in der Beschaffenheit seines Rechts [6]) gelegen haben

---

1) Fr. 31. *de Pignoribus.*

2) C. 1. 2. *Si pignus pignori.*

3) C. ult. §. 3. *Communia de Legatis.*

4) Fr. 8. *Quibus modis pignus.*

5) Glück XIX. S. 440. — S. Fr. 3. *Quibus modis pignus.* — Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita et forte emtor antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus lib. 5. Dig. ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata; quamquam ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet. (ULP. 8. *disp.*) Fr. 4. §. 3. *de In diem addict.* — Sed et Marcellus lib. 5. Dig. scribit, pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret. (ULP. 28. *ad Sab.*)

6) Also nicht durch Verzicht; wenigstens dauert dann das Pfandrecht so lange noch fort, wie es ohnedies bestanden hätte; wenn hingegen das Recht mittelst Confusion für den Verpfänder dadurch verloren geht, daß er das größere überwiegende Recht selbst erwirbt, so besteht das Pfandrecht in der frühern Ausdehnung fort (S. 135. Anm. 3.) Fritz S. 271. (65.) Das was vom Verzicht gesagt ist, scheint uns auch vom verpfändenden Nießbraucher und Pfandgläubiger so klar und naheliegend, daß ungeachtet der absoluten Fassung von Fr. 8. pr. *Quibus modis pignus* u. C. 1. *Si pignus pignori*, die Ausnahme der Fälle, wo die verpfändeten Rechte durch Willkühr des Verpfänders aufhören würden, stillschweigend von selbst verstanden werden muß, wenn man nicht allen pfandrechtlichen Hauptgrundsätzen

muß [1]), wird aber noch erfodert, daß das Recht des Verpfänders nicht zu seinen eigenen Gunsten verloren gehe, z. B. wenn er einen Kauf durch die Wandelklage rückgängig machen kann [2]), womit das anderweite Erfoderniß als abhängig verbunden ist [3]), daß der vor der Bestellung des Pfandrechts bestandene Grund den Verlust des Rechtes des Verpfänders ipso jure herbeiführt, und nicht blos eine Obligation zur Herausgabe der Sache. Dieser bisher auch für alle s. g. dingliche Rechte nach der gemeinen Ansicht anerkannte Satz ist neuerlich [4]) bestritten worden, und zwar besonders aus den beiden Gründen, daß eine auflösende Bedingung nur eine Obligation herbeiführe und dennoch das inzwischen bestellte Pfandrecht erlösche, wogegen durch die Wandelklage der Kauf ganz und gar rückgängig werde, und doch die inzwischen bestellten Pfandrechte nicht erlöschen. Der erste ist aber in seiner Allgemeinheit falsch [5]), und wo er im Besondern richtig ist, in den hieher gehörigen Fällen nicht anwendbar; der zweite trifft nicht, weil ja die Wandelung nur darin besteht, daß die beiden streitenden Theile durch richterliches Urtheil für obligirt erachtet werden, das Empfangene so zu restituiren, daß jeder Theil alles das habe, was er haben würde, wenn der Kauf nicht geschlossen wäre [6]), wie dies überall in der Natur der Sache liegt, wo von der Rückgängigkeit eines Rechtsgeschäfts die Rede ist. Da nun der Verpfänder hier der Kläger ist, so ist er ohnehin zur Ablö-

---

Hohn sprechen will. Vgl. Fritz S. 272 f.

1) Dies versteht sich auch, wenn man die hieher gehörigen Fälle in zwei Klassen theilt, nemlich 1) wenn der Pfandbesteller ein Eigenthumsrecht, und 2) wenn er nur ein s. g. Jus in re aliena hatte, für letztere, wie Fritz a. a. O. S. 271. dargethan hat; allein wir halten diese ganze Eintheilung für überflüssig und wegen des Begriffs der Jura in re aliena schon für falsch. Gewonnen wird damit gar nichts, denn beide Klassen sind ganz gleich zu beurtheilen.

2) Fr. 3. u. 4. pr. *Quibus modis pignus.* — Si debitor, cujus res pignori obligatae erant, servum quem emerat redhibuerit, an desinat Servianae locus esse? Et magis est, ne desinat, nisi ex voluntate creditoris factum est. Fr. 43. §. 8. *de Aedil. Ed.*)

3) Vgl. Fritz S. 269.

4) Von Gesterding a. a. O. S. 349 ff.

5) Fritz S. 270. 264 f.

6) Ders. S. 270.

sung des Pfandrechts dem Verkäufer gehalten, und zwar auch dann, wenn er bei der Wandelung das Pfandrecht verschwiegen haben sollte, weil es, einmal von ihm gültig bestellt, nicht durch seine einseitige Handlung aufgehoben werden kann; wenn dasselbe also später erst bekannt wird, so ergiebt sich zugleich, daß die Zurückgabe der Sache nicht so bewirkt ist, wie sie hätte geschehen müssen, und der Verpfänder haftet dann dem ehemaligen Verkäufer auf das Interesse.

Geht das Eigenthum für den Verpfänder durch Verjährung verloren, so besteht das vor deren Vollendung bestellte Pfandrecht auch bei dem Erwerber fort, weil jener unbezweifelt ein gültiges Pfandrecht bestellen konnte, und der Verlust des Eigenthums erst in dem Augenblick anhebt, wo der Andere es erwirbt [1]).

Anhangsweise sind unter dieser Zahl noch folgende Fälle des Erlöschens des Pfandrechts zu erwähnen:

a. Mit der Veräußerung des Pfandes durch den vorstehenden Gläubiger in Gemäßheit seines Pfandrechts gehen alle nachstehenden Pfandrechte verloren [2]). Nicht aber kann diese Wirkung dem Verkauf des zweiten Gläubigers wider den Dritten u. s. w. beigelegt werden, so lange das Recht des ersten besteht.

b. Die Veräußerung des Pfandes von Seiten des Verpfänders ist freilich ohne Einfluß auf das Pfandrecht, mit Ausnahme des gestatteten Verkaufs einzelner Stücke aus einem verpfändeten Waarenlager; doch kann die durch den Nachfolger des Verpfänders zur Tilgung von Nachlaßschulden auf das Pfandrecht einen wirksamen Einfluß haben, wenn die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten worden ist. Hier gelten nemlich nach neuerm Rechte [3]) eigenthümliche Grundsätze, die zunächst auf den Vortheil des Erben berechnet sind, und ihm daher Befriedigung der Gläu-

---

1) Vergl. **Fritz** S. 272. Es **läßt** sich dafür auch wohl C. 7. *de Pignoribus* nennen, weil es allgemein deutbar abgefaßt ist, wiewohl es eher den Sinn haben dürfte, in dem es S. 90. citirt ist.

2) C. 1. *Si antiquior.*

3) C. ult. §. 5 sq. *de Jure deliberandi.*

biger der Erbschaft, ohne Berücksichtigung deren etwaniger Vorrechte, nur nach dem Alter, wie sie sich melden, erlaubt. Die Pfandgläubiger trifft hierbei das Schicksal, daß sie 1) die Vermächtnißnehmer, welche Befriedigung ihrer ausgesetzten Vermächtnisse erlangt haben, wenn die Pfänder noch in Natur vorhanden sind, mit der hypothekarischen Klage, oder wenn dies nicht der Fall ist, mit der Condiction wegen gezahlter Nichtschuld auf das, was sie entweder vom Erben baar, oder durch Veräußerung des Pfandes erhalten haben, bis zur Höhe der Schuld [1]) angreifen müssen. 2) Haben die Erben Erbschaftsgläubigern Nachlaßstücke an Zahlungs Statt gegeben, oder sie durch baare Zahlung befriedigt, so steht den andern Gläubigern, welche vorgehende Hypotheken haben, dasselbe Recht zu, wie unter 1) gesagt ist. — 3) Gegen den Erben findet, wenn er die Erbmasse verausgabt hat, keine Klage Statt. 4) Gegen Käufer von Erbschaftssachen, deren Erlös zur Befriedigung von Erbschaftsschulden oder Vermächtnissen von dem Erben verwendet worden, findet die hypothekarische Klage nicht Statt, sondern hier bleibt nur die unter 1) und 2) erwähnte Condiction übrig.

3. Veräußerung einer Sache durch den Fiscus [2]) oder den Regenten und seine Gemahlin heben alle daran bestehende Pfandrechte auf [3]); die Geltendmachung der daher entspringenden Ansprüche wird an den Fiscus unmittelbar oder an den Privatschatz des Regenten u. s. w. verwiesen, ist jedoch an die Frist von vier Jahren gebunden [4]). Dahin gehört auch der Verkauf des Pfandes durch die Obrigkeit nach vorangegangener öffentlicher Ladung der Gläubiger, sich zu melden [5]) (s. o. S. 521.). Die öffentliche Ladung ist auch bei dem fiscalischen Verkauf anzunehmen, das scheint wenigstens hasta fiscalis anzudeuten.

---

1) Ungenügend drückt Glück XIII. S. 240. dies dahin aus: um was sie sich reicher befinden.

2) C. 2. 3. *de Quadriennii praescriptione.*

3) C. 8. *de Remissione pign.*

4) S. Zu-Rhein Beitr. u. s. w. Bd. III. Abh. 3.

5) C. 6. *de Remissione pign.* Fr. 9. *Quibus modis pignus*, vgl. Gesterding S. 356.

4. Vereinigung des Pfandrechts und des Eigenthums in einer Person (confusio)[1]), und zwar auf andere Weise, als durch Universalnachfolge, wodurch Tilgung der Schuld eintreten würde, oder durch letztere wenigstens nur von andern Personen als vom Schuldner erworben, weil an eigener Sache kein Pfandrecht bestehen kann. (Vergl. §. 17.)

5. Erlaß (remissio) des Pfandrechts, d. h. Verzicht darauf; er kann sich auch nur auf einen Theil des Pfandes beschränken[2]). Das römische Recht stellt nemlich für die Erlöschung des Pfandrechts die Satisfactio im engern Sinn der Solutio parallel, d. h. sie findet einen allgemeinern, viele Fälle und Gestaltungen umfassenden Grund für den Untergang des Pfandrechts wie in der Solutio durch Erlöschen der Hauptobligation, so in der Satisfactio der Pfandobligation durch das dieser allein; diese setzt sie in den Willen des Gläubigers, in das recedere velle a pignore, und während die Solutio die Lösung des Pfandrechts als Nothwendigkeit herbeiführt, der er sich nicht widersetzen kann, kann der Begriff der Satisfactio nur mit seinem Willen eintreten[3]). Erfodert wird dazu rechtliche Fähigkeit zum Ver-

---

1) Fr. 9. pr. *Quibus modis pignus.* (S. 99.) Fr. 20. §. 3. *de P. A.* — Interdum etsi soluta sit pecunia, tamen pigneraticia actio inhibenda est, veluti si creditor pignus suum emerit a debitore. (PAUL. 29. *ad Ed.*) Fr. 29. *eod.* Fr. 30. i. f. *de Except. rei jud.*

2) Fr. 5. pr. *Quibus modis pignus.* Fr. 7. §. 3. *eod.* — Si convenit de parte pro indiviso alienanda, si certa res est, quae venit, potest dici, de reliqua parte ab initio agi oportere, nec obstat exceptio. (GAI. *l. s. l.*) Fr. 8. §. 1. *eod.* — Creditor ne pignori hypothecaeve sit res, pacisci potest; et ideo si heredi pactus fuerit, ei quoque proderit pactum cui restituit hereditatem ex SCto Trebelliano. §. 2. Si procurator debitoris in rem suam sit, non puto dubitari debere, quin pactum noceat creditori. Itemque si a parte creditoris procurator in rem suam extiterit, paciscendo inutilem sibi faciet hypothecariam actionem in tantum, ut putem recte dici, et dominis litis hoc casu nocere hanc exceptionem. §. 3. Si convenerit, ne pars dimidia pro indiviso pignori sit, quaecunque fundi ejus pars a quolibet possessore petatur, dimidia non recte petetur. §. 4. Si plures dederint pro indiviso, et cum uno creditor paciscatur ne hypothecae sit, deinde ab eo petat, etiamsi hic cum quo pactus est, solidum fundum possideat pro indiviso, quia de parte convenisset, repellit eum de toto. (MARC. *l. l.*)

3) S. o. S. 102. 657. Anm. 4. Franke civil. Abhandl. S. 118. *Donell.* p. 543. Fr. 9. §. 3. *de P. A.* (S. 609.) Fr. 5. §. 2. (S. 10.) Fr. 6. §. 1. *Quibus modis pignus* (S. 658.) Fr. 14. *eod.* C. 23. *de*

zicht, welche mit der zur Veräußerung gleichsteht [1]); Unmündige können daher nur unter Vollwort ihres Vormundes auf ein Pfandrecht verzichten [2]), wozu noch des Richters Genehmigung erfolgen muß, welche nur dann ertheilt werden soll, wenn wirkliche Satisfactio (im weitern Sinn) oder ein Vortheil damit für den Unmündigen verbunden ist. Diese richterliche Einwilligung wird ferner unbedingt zu jedem Erlaß eines für Alimentenleistungen bestellten Pfandrechts erfodert [2 b]). Andere Personen, welche zu Schenkungen nicht befähigt sind, können nur dann gültig auf ein Pfandrecht verzichten, wenn sie dafür angemessen entschädigt werden. Verzicht durch Beauftragte erfodert hier eine Specialvollmacht [3]), in deren Ermangelung entsteht nur eine Einrede der Arglist [4]). Frauen sind zu diesem Verzicht befähigt [5]). Der Erlaß hat bei allen Pfandrechten Anwendung, auch bei gesetzlichen [6]), doch macht die Praxis [7]) für die namentlich erwähnte Ent-

---

Pignoribus. — Major annis viginti quinque pignoris conventionem remissam, quum hoc solum pactum vel jurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur, persequi non potest. (*Diocl.*) C. 4. *de Remissione.* — Quum te a debitore mercatum proponas eam rem, quae alii pignerata erat, si sciente eo ac pignus suum remittente eam mercatus es, quum ejus consensu nexus pignoris evanuerit, si non nova voluntas intercesserit, quae denuo obligationem pignoris constitueret, ea res velut obstricta non potest vindicari. (239.)

1) Fr. 7. pr. *Quibus modis pignus.* — Si consensit venditioni creditor, liberatur hypotheca; sed in his pupilli consensus non debet aliter ratus haberi, quam si praesente tutore auctore consenserit, aut etiam ipse tutor, scilicet si commodum aliquid, vel satis ei fieri ex eo judex aestimaverit. (GAI. *l. s. l.*) Fr. 8. §. 5. *eod.* — An pacisci possunt filiusfamilias et servus, ne res pignori sit, quam peculiariter hypothecam acceperint, et habent liberam administrationem, videamus; an quemadmodum donare non possunt, ita nec pacisci, ne pignori sit, possint? Sed dicendum est ut concedere possint, sc. si pretium pro pactione accipiant, quasi vendant. (MARC. *l. l.*)

2) Vgl. Fr. 27. §. 1. *Qui et a quibus.*

2b) Fr. 8. §. 15. *de Transactionibus.*

3) Fr. 7. §. 1. *Quibus modis pignus.* — Videbimus, si procurator omnium bonorum consensit, vel servus actor, cui et solvi potest et in id positus est, an teneat consensus eorum? Et dicendum est, non posse, nisi specialiter hoc iis mandatum est. (GAI. *l. l.*)

4) Fr. 8. §. 2. *eod.* Fr. 7. §. 2. *eod.*

5) Fr. 8. pr. *ad SCt. Vellejan.* — Quamvis pignoris datio intercessionem faciat, tamen Julianus lib. 12. Dig. scribit, redditionem pignoris, si creditrix mulier rem, quam pignori acceperat, debitori liberaverit, non esse intercessionem. (ULP. 29. *ad Ed.*)

6) C. 11. *eod.* — Etiam constante matrimonio jus hypothecarum seu pignorum marito remitti posse explorati juris est. (244.)

7) Glück XIX. S. 415. (95.)

sagung der Ehefrau auf ihr gesetzliches Pfandrecht an des Mannes Vermögen die Einschränkung, daß dasselbe zu dieser Zeit völlig hinreichend gewesen sein müsse, jene wegen ihrer Foderungen sonst zu befriedigen, und gestattet ihr, wenn sich künftig das Gegentheil ergiebt, leicht Wiedereinsetzung. — Falsch[1]) ist die gewöhnliche Meinung, daß das Pfandrecht durch einseitige Erklärung der Entsagung erlösche und diese in ihr bestehe, so daß nur dann eine Annahme von Seiten des andern Theils nothwendig werde, wenn die Absicht des Verzichtenden auf die Schließung eines Erlaßvertrages gerichtet sei. Das erträgt die Natur des Pfandrechts als Obligation nicht. Es sprechen daher auch alle Stellen, welche vom Verzicht auf das Pfandrecht reden, theils unmittelbar von einem Vertrage[2]), theils von einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht, und in allen Fällen, die sie erwähnen, ist eine Handlung des Verpfänders erfoderlich[3]). Wie könnte auch die sonst ganz überflüssige Frage entstehen, ob auf Seiten des Schuldners die Annahme durch einen Procurator geschehen dürfe, wenn sie nicht erfoderlich wäre? — Auch die letztwillig verordnete Befreiung des Pfandes durch den Gläubiger kann hiervon keine Ausnahme machen, sondern es wird aus dem angeführten allgemeinen Grunde jedenfalls eine Annahme des Schuldners erfodert[4]). — Betrifft der Verzicht nur einen Theil, und ist dieser ein ideeller, so erstreckt sich das Pfandrecht auf den nicht aufgegebenen

---

1) **Fritz** S. 543. widerlegt dieselbe aufs schlagendste; vgl. **dens.** im Archiv Bd. VIII. S. 392.

2) Fr. 9. §. 3. *de P. A.* (conventione) Fr. 8. §. 1. *Quib. mod. pign.* (pacisci) §. 2. (pactum) §. 3. (convenerit) §. 4. (paciscatur §. 5. (pacisci, concedere pactione) C. 2. i. f. *de Remiss. pign.* — Nam obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur.

3) Fr. 2. §. 1. Fr. 3. *de Pactis.* C. 7. *de Remiss. pign.* Fr. 50. §. 1. *de Jure dotium.* Fr. 9. §. 1. Fr. 12. *Quibus mod. pign.* — Fr. 4. §. 1. 2. Fr. 8. §. 6. 7. 11—18. *eod.* C. 2. 6. 8. *de Remiss.*

4) Fr. 1. §. 1. *de Liberat. legata.* — Julianus scripsit, si res pignori data legetur debitori a creditore, valere legatum, habereque eum actionem, ut pignus recipiat, priusquam pecuniam solvat; sic autem loquitur Julianus, quasi debitum non debeat lucrari; sed si alia testantis voluntas fuit, et ad hoc pervenietur exemplo luitionis. (ULP. 21. *ad Sab.*) Zu bemerken hierbei ist, daß dieser Erlaß als keine Bereicherung angesehen wird, sobald die Schuld nicht auch erlischt, und daher der Gläubiger dem Schuldner wegen bloßen Erlaß des Pfandrechts kein Vermächtniß u. s. w. auflegen kann, s. Fr. 3. §. 4. *de Legatis* III.

ideellen über die ganze Sache dennoch fort, so daß zwar jeder Besitzer eines abgesonderten Theils, aber nicht auf den ganzen, in Anspruch genommen werden kann. Derselbe Fall tritt dann ein, wenn mehrere Miteigenthümer das Pfandrecht pro indiviso ertheilt haben, und einem dasselbe erlassen worden ist; dieser Vertrag kommt dem andern selbst dann nicht zu Statten, wenn der Verzichtsvertrag nicht auf das Pfandrecht an dem Theile des contrahirenden Schuldners beschränkt, sondern der allgemeine Ausdruck, daß das Pfandrecht wegfallen solle, gebraucht ist, und sogar dann nicht, wenn derselbe nachher alleiniger Eigenthümer geworden ist [1]).

Eine stillschweigende, richtiger meistens eine vermuthete Entsagung des Pfandrechts, wird, wenn nicht die Vermuthung durch eine Protestation, Vorbehalt oder andere dergleichen überwiegende Gründe aufgehoben wird, in folgenden Fällen angenommen: a. bei der Zurückgabe des Pfandes oder der Pfand- und der Schuldverschreibung [2]), und deren Empfangsannahme auf Seiten des Schuldners [3]). Wenn der Gläubiger das Gegentheil dessen ungeachtet behaupten sollte, so würde er den Beweis davon zu übernehmen haben. — b. Wenn der Gläubiger ein anderes Pfand annimmt, oder zufolge ausdrücklicher [4]) Erklärung sich statt eines innehabenden Pfandrechts eine andere Sicherheit bestellen läßt, z. B. Bürgen [5]) oder einen andern Schuldner, oder Loskaufung der Pfandverpflichtung um einen Preis [6]). — c. Wenn der

---

1) S. die Stellen S. 669. Anm. 2.

2) Von dieser ist zwar kein ausdrückliches Zeugniß vorhanden, der Beweis läßt sich aber mit Sicherheit auf die Analogie gründen.

3) Nach Fr. 3. *de P. A.* (nur daß sie unter den dort enthaltenen Umständen wirkungslos war,) C. 9. *de Remiss.* Gesterding S. 334. vgl. S. 669. Anm. 4.

4) Fr. 14. *Quibus modis pignus.* — Cum colono tibi convenit, ut invecta importata pignori essent, donec merces tibi soluta aut satisfactum esset, deinde mercedis nomine fidejussorem a colono accepisti; satisfactum tibi videri existimo, et ideo illata pignori esse desiisse. (LAB. 5. *post.*)

5) Eine Bürgschaftsbestellung schlechthin zieht nemlich den Verlust des Pfandrechts nicht nach sich; diese von Mehreren aufgestellte Behauptung ist durch Glück XIX. S. 420. (6.) entschieden widerlegt worden. Vgl. Vermehren im Archiv Bd. IX. S. 43 ff.

6) Fr. 5. §. 2. *Quibus modis pignus.* Fr. 14. *eod.* Fr. 9. §. 3. *de P. A.* Fr. 50. §. 1. *de Jure dotium.*

Gläubiger in die Verpfändung an einen andern seine Einwilligung ertheilt, so hebt diese beim Mangel einer bestimmten Deutung und Erklärung, z. B. des Vorbehalts, oder nur den Vorrang einräumen zu wollen, das ganze Pfandrecht auf [1]). Allerdings ist für eine solche auch die Einwilligung zu weiterer Verpfändung bis auf eine bestimmte Summe zu halten, es liegt aber darin wenigstens bestimmt die Einräumung eines Vorrangs [2]). Stehen jedoch einer oder mehrere Pfandgläubiger noch in der Mitte, d. h. hinter dem die Einwilligung ertheilenden, so findet keine Pfandnachfolge Statt, sondern der bisher zweite wird nun erster u. s. w. [3]). Es ist also in Fällen der Art eine quaestio facti vorhanden, d. h. es bestehen zwar die vorherigen Rechtsregeln, sie können aber durch den Beweis einer Thatsache, welche die ihnen zum Grunde liegende vermuthet werdende Absicht ausschließt, ebensowohl außer Wirksamkeit gesetzt werden, wie durch ausdrückliche vorhergehende Verwahrung. — Die Einwilligung zur weitern Verpfändung kann auch stillschweigend aus schlußrechten Handlungen gefolgert werden [4]).

---

1) Fr. 9. §. 1. *Quibus modis pignus.* — Titius Sejo pecuniam sub pignore fundi dederat, qui fundus quum esset reipublicae ante obligatus, secundus creditor pecuniam reipublicae eam solvit; sed Maevius extitit, qui dicebat, ante rempublicam sibi fundum obligatum fuisse, inveniebatur autem Maevius instrumento cautionis cum republica facto a Sejo interfuisse et subscripsisse, quo caverat Sejus, fundum nulli alii esse obligatum, quaero an actio aliqua in rem Maevio competere potest? Modestinus respondit, pignus, cui is, de quo quaeritur, consensit, minime eum retinere posse. (MOD. 4. *resp.*) Fr. 12. pr. *eod.* Paulus respondit, Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, quum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse videri, non etiam tertium in locum ejus successisse, et ideo medii creditoris meliorem caussam effectam. Idem observandum est et si respublica tertio loco crediderit. (PAUL. 5. *resp.*) Früher fand hier eine große Meinungsverschiedenheit Statt, indem viele in Zweifel das Pfandrecht nicht erloschen, sondern vorbehalten wissen wollten, s. *Don.* l. l. p. 550.; sie ist ebenfalls von Glück XIX. S. 431. beseitigt worden. Vermehrens neuer Versuch fürs Gegentheil, im Archiv Bd. IX. S. 33. ist verfehlt.

2) S. Fr. 12. §. 4. *Qui potiores.* S. übr. Anm. 2. zu S. 650.

3) Fr. 12. pr. *Quibus modis pignus.*

4) Fr. 9. §. 1. *eod.* Fr. 11. *eod.* — Lucius Titius, quum esset uxori suae Cajae Sejae debitor sub pignore sive hypotheca praediorum, eadem praedia cum uxore sua Seja Septiciae communis filiae nomine Sempronio marito ejus fu-

d. Wenn der Gläubiger dem Schuldner, ohne Vorbehalt des Pfandrechts, die Veräußerung des Pfandes durch Kauf, Tausch, Schenkung, Bestellung zur Mitgift u. s. w. gestattet [1]), gleichviel ob die Einwilligung vor oder nach der Veräußerung erfolgt, und ob diese vom Schuldner oder seinen Erben, nicht [2]) auch von dritten Besitzern, geschehen

---

turo in dotem dedit; postea defuncto Lucio Titio Septicia filia abstinuit se hereditate paterna; quaero, an mater ejus hypothecam persequi possit? Paulus respondit, pignoris quidem obligationem praediorum Cajam Sejam, quae viro pro filia communi in dotem eadem danti consensit, quum communis filiae nomine darentur, remisisse videri, obligationem autem personalem perseverasse; sed adversus eam, quae patris hereditate se abstinuit, actionem non esse dandam. (PAUL. 4. *resp.*)

1) Fr. 4. §. 1. *Quibus modis pignus.* — Si in venditione pignoris consenserit creditor, vel ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit, pignus liberari, nisi salva caussa pignoris sui consensit vel venditioni vel ceteris; nam solent multi salva caussa pignoris sui consentire. Sed et si ipse vendiderit creditor sic tamen venditionem fecit, ne discederet a pignore, nisi ei satisfiat, dicendum erit, exceptionem ei non nocere. Sed etsi non concesserat, pignus venumdari, sed ratam habuit venditionem, idem erit probandum. (ULP. 73. *ad Ed.*) Fr. 8. §. 8. *eod.* — Illud videamus, si Titius debitor voluntate creditoris sui vendiderit Maevio, vel ei, a quo Maevius emerit, et postea Maevius Titio heres exstiterit, et creditor ab eo petat, quid juris sit. Sed iniquum est auferri ei rem a creditore, qui non successionis jure sed alio modo rem nactus est; potest tamen dici, quum Titii dolus in re versaretur, ne creditor a possessore pecuniam recipiat, iniquissimum esse, ludificari eum. §. 9. — Quodsi is fundus a Maevio alicui obligatus possideatur, cui nondum satisfactum erit, tunc rursus aequum erit, excipi, si non voluntate creditoris veniit; licet enim dolus malus debitoris interveniat, qui non solvit, tamen secundus creditor, qui pignori accepit, potior est. §. 10. Tutius tamen est, si debitor a creditore petat, ut ei permittat pignus vendere, quo magis satisfaciat, ante cautionem accipere ab eo, qui rem emturus erit, ut pretium rei venditae usque ad summam debiti creditori solvatur. §. 11. Venditionis autem appellationem generaliter accipere debemus, ut et si legare permisit, valeat, quod concessit; quod ita intelligemus, ut et si legatum repudiatum fuerit, convalescat pignus. (MARC. *l. l.*)

2) Fr. 8. §. 16. *eod.* — Si debitori concessum sit, et heres ejus vendiderit, potest facti quaestio esse, quid intellexit creditor? Sed recte veniisse dicendum est, hae enim subtilitates ab judicibus non admittuntur. §. 17. Si debitor forte concessa venditione desierit possidere, et novus possessor vendiderit, an duret pignus, quasi personae permiserit creditor? Quod et magis est, nam si novo possessori, non debitori, a quo hypothecam accepit, concessit creditor vendere, dicendum est, nocere ei exceptionem. (Id.) Vgl. C. 12. *de Distract. pign.*

ist [1]). Ist der Kauf u.s.w. ungültig, so bleibt der ertheilten Einwilligung ungeachtet das Pfandrecht bestehen [2]), ebenso wenn er nicht vor sich gegangen [3]), oder rückgängig wird, oder der Verkäufer auf irgend eine Weise, auch zum Interesse verurtheilt, im Besitz der Sache bleibt [4]), letzteres auch, wenn der Vermächtnißberechtigte das Vermächtniß ausschlägt [5]), nicht, wenn nachher das Pfand an ihn zurückkehrt [6]), für welchen Fall sogar das allgemeine Pfandrecht an einer solchen Sache nicht wiederauflebt [7]), oder endlich, wenn der Verkäufer nur keine Zahlung erhalten hat [8]),

---

1) Fr. 158. *de R. J.* — Creditor, qui permittit rem venire, pignus demittit. (GAI. 26. *ad Ed. prov.*)

2) Fr. 4. §. 2. *Quibus modis pignus.* — Belle quaeritur, si forte venditio rei specialiter obligatae non valeat, an nocere haec res creditori debeat, quod consensit, utputa si qua ratio juris venditionem impediat? Dicendum est, pignus valere. (ULP. 73. *ad Ed.*) Vgl. S. 663. Anm. 3.

3) Fr. 8. §. 6. *eod.* — Si voluntate creditoris fundus alienatus est, inverecunde applicari sibi eum creditor desiderat, si tamen effectus sit secutus venditionis; nam si non venierit, non est satis ad repellendum creditorem, quod voluit venire. §. 7. *eod.* Die Erklärung der Schlußworte s. bei Glück XIX. S. 422. (7.)

4) Fr. 10. pr. *Quibus modis pignus.* — Voluntate creditoris pignus debitor vendidit, et postea placuit inter eum et emtorem, ut a venditione discederent; jus pignorum salvum erit creditori; nam sicut debitori, ita et creditori pristinum jus restituitur, neque omnimodo creditor pignus remittit, sed ita demum, si emtor rem retineat, nec reddat venditori. Et ideo si judicio quoque accepto venditor absolutus sit, vel, quia non tradebat, in id quod interest condemnatus, salvum fore pignus creditori dicendum est; haec enim accidere potuissent etiam si non voluntate creditoris vendidisset. (PAUL. 3. *qu.*)

5) S. Glück XIX. S. 428. (21.)

6) Fr. 8. §. 7. *eod.* — Supervacuum est quaerere, agrum specialiter hypothecae datum permissu creditoris veniisse, si ipse debitor re possideat, nisi quod potest fieri, ut debitor permissu creditoris vendiderit, deinde postea bona fide redemerit ab eodem vel ab alio, ad quem per successionem ea res pertinere coepisset, aut si ipse debitor emtori heres extiterit. Verumtamen cum pecunia soluta non sit, doli mali suspicio inerit, translata ad praesens tempus ut possit creditor replicationem doli mali objicere.

7) C. ult. i. f. *de Remissione.* — — Nobis autem visum est, eum, qui semet consensit alienationi hypothecae, et hoc modo jus suum respuit, indignum esse eandem rem, utpote ab initio ei suppositam vindicare, vel tenentem inquietare. (Vgl. S. 471.)

8) Fr. 8. §. 12. *eod.* — Si debitor vendiderit rem, nec tradiderit, an non repellatur creditor, quasi adhuc res in bonis sit debitoris, an vero quum teneatur ex emto, pignus extinguatur? Quod et magis est. Sed quid, si pretium venditor consecutus non sit, nec paratus sit emtor dare? Tantundem potest dici.

und der Käufer sie nicht leistet, weil das Obligationsverhältniß aus dem Kaufcontract besteht. — Auch die beabredete Art und Weise der Veräußerung ist eine Frage über Thatsachen [1]), es kommt nemlich darauf an, ob der Gläubiger ein Interesse dabei gehabt hat; rechnete er z. B. durch den Verkaufspreis auf Verbesserung seiner eigenen Lage, und der Schuldner verschenkt die Sache, so geht das Pfandrecht durch Einwilligung in den Verkauf nicht verloren. Nicht minder muß, wenn ein Preis [2]) zum Verkauf bei der Ertheilung der Einwilligung bestimmt worden, mindestens die Sache um diesen verkauft werden, oder höher. Endlich muß die bestimmte Zeit innegehalten werden, binnen deren die Veräußerung geschehen soll [3]). Das Pfandrecht erlischt aber sofort mit dem Verkauf auch vor der Uebergabe [4]).

Die Einwilligung zur Veräußerung kann auch stillschweigend geschehen, z. B. durch Unterschrift des Gläubigers unter einen Kaufvertrag, doch kommt in solchen Fällen sehr viel auf die Auslegung des Willens und der Absicht zum Handeln an [5]), und der Beweis des Gegentheils ist nie ausgeschlossen, weshalb auch das Stillschweigen des Gläubigers bei ihm wissentlich geschehenden Verkauf des Pfandes ihm nicht

1) §. 13. *eod.* — Sed si permiserit creditor vendere, debitor vero donaverit, an exceptione illum summoveat, an facti sit magis quaestio, numquid ideo venire voluit, ut pretio accepto ipsi quoque res expediat? Quo casu non nocebit consensus. Quodsi in dotem dederit, vendidisse in hoc casu recte videtur propter onera matrimonii. In contrarium si concessit donare, et vendiderit debitor repelletur creditor, nisi si quis dicat, ideo concessisse donari, quod amicus erat, creditori is, cui donabatur.

2) §. 14. *eod.* — Quodsi concessit, decem vendere, ille quinque vendiderit, dicendum est, non esse repellendum creditorem. In contrarium non erit quaerendum, quin recte vendit, si pluris vendiderit, quam concessit creditor.

3) §. 18. *eod.* — Sed si intra annum aut biennium consensit creditor vendere, post hoc tempus vendendo non aufert pignus creditori.

4) §. 12. *eod.*

5) §. 15. *eod.* — Non videtur autem consensisse creditor si sciente eo debitor rem vendiderit, quam ideo passus est venire, quod sciebat, ubique pignus sibi durare; sed si subscripserit forte in tabulis emtionis, consensisse videtur, nisi manifeste appareat, deceptum esse; quod observari oportet, et si sine scriptis consenserit.

schadet. — Ausnahmen finden, außer der veralteten wegen Freilassung eines verpfändeten Sclaven [1]), nicht Statt [2]).

6. Untergang der verpfändeten Sache vernichtet das Pfandrecht [3]), die Foderung aber nur dann, wenn dies ausdrücklich ausgemacht worden ist [4]). Es wird jedoch vollständiger Untergang erfodert, denn bei abgebrannten Gebäuden dauert z. B. das Pfandrecht am Grund und Boden fort [5]). Wird das abgebrannte Haus wiederaufgebauet, so lebt das Pfandrecht wieder auf [6]). Umgestaltung und Umänderung vernichten das Pfandrecht nicht unbedingt; außer dem, was oben S. **465** f. darüber gesagt worden, ist hier noch zu bemerken, daß die Umgestaltung, Specification, das Pfandrecht allemal vernichtet, wenn sie die Sache nicht durch ein bestehendes allgemeines Pfandrecht wieder in den Pfandverband fallen läßt. Bloße Umänderung läßt an dem im Wesentlichen fortbestehenden Pfande auch das Recht unangetastet. Ob übrigens das Eine oder das Andere vom Verpfänder oder einem Dritten ausgegangen sei, ist einerlei [7]).

7. Die Verjährung der hypothekarischen Klage; diese ist oben S. **571** ff. vollständig behandelt worden.

8. Aberkennender richterlicher Bescheid (res judicata), d. h. ein widerrechtlicher, ist der letzte Erlöschungsgrund des Pfandrechts [8]). Gleichgesetzt wird ihr der Verlust durch zugeschobenen und vom Beklagten geleisteten Eid, daß die Sache nicht verpfändet worden sei [9]). Die (widerrechtliche) res

---

1) C. ult. *de Remissione pign.*

2) Eine andere mit Berufung auf C. 2. *Si aliena res pignori* hat irrig Wening.

3) Fr. 8. pr. *Quibus modis pignus.* C. 25. *de Pignoribus.*

4) C. 6. *de P. A.*

5) S. o. S. 303.

6) Fr. 35. *de Pignoribus.* — Si insula, quam tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est, deinde a debitore tuo restituta, idem in nova insula juris habes. (LAB. 1. *Pith.*)

7) Nach Analogie von Fr. 12. §. 12. *de Captivis* wird man annehmen dürfen, daß zum Untergang des Pfandes auch der Verlust durch Feindes Gewalt zu rechnen ist. Kauft jedoch dann Jemand das Pfand los, so kann ihm der Gläubiger seine Auslösungssumme anbieten, und dann auch für diese ein Pfandrecht ausüben.

8) Fr. 13. *Quibus modis pignus.*

9) Fr. 13. *d.* coll. mit Fr. 5. §. 3. *eod.* — Satisfactum esse creditori intelligitur, et si jusjurandum delatum datum est, hypothecae rem non esse obligatam. (MARC. *l. l.*) Satisfactum ist hier auf den Vergleich bezogen, mittelst

judicata zum Nachtheil des Eigenthümers schadet dem Gläubiger aber nicht [1]), und zwar nicht nur dann nicht, wenn er eine Collusion zwischen demselben und dem Kläger nachweisen kann, oder der Eigenthümer aus einem solchen Grunde um das Eigenthum gekommen ist, der das Pfandrecht anerkennen muß, z. B. durch Verjährung (s. vorher S. 667.), sondern absolut nicht, sobald der Obsiegende nur nicht die Einrede schon vor der Bestellung des Pfandrechts erhalten hat [2]). Hat ein Pfandgläubiger wider den andern klagend rem judicatam erhalten, so macht sie sich auch dann wider diesen geltend, wenn er seinerseits nachher Klage erhebt [3]).

Fälschlich [4]) wird die Erlöschung des Pfandrechts dem Mißbrauch und der schlechten Behandlung des Pfandes, eine veraltete Ausnahme abgerechnet [5]), zugeschrieben [6]); denn das Gesetz, welches diese anordnet, sagt ausdrücklich, daß die durch jene veranlaßte Verschlechterung nur Grund zur Pfandhauptklage abgebe, d. h. hier auf Entschädigung. Ebensowenig [7]) kann dies dann behauptet werden, wenn der Gläubiger Sicherheitsbestellung wegen drohenden Schadens versagt, welcher sich im Pfandbesitz eines baufälligen Hauses befindet; die Stelle [8]), worauf man sich bezieht, versagt nur die hypothekarische Klage wider die Person des wegen je-

---

dessen es zum Eide kam, s. S. 657. Anm. 4.

1) C. 5. *de Pignoribus.* — Praeses provinciae vir clarissimus jus pignoris tui exsequentem te audiet. Nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si eum collusisse cum adversario tuo, aut, ut dicis, non caussa cognita, sed praescriptione superatum esse constiterit. (212.)

2) Fr. 11. §. 10. *de Except. rei jud.* — Item si rem, quam a te petierat, Titius pignori Sejo dederit, deinde Sejus pigneraticia adversus te utatur, distinguendum est, quando pignori dedit Titius; et si quidem, *antequam peteret*, non oportet ei nocere exceptionem, nam et ille petere debuit, et ego salvam habere debeo pigneraticiam actionem; sed si posteaquam petiit, pignori dedit, magis est, ut noceat exceptio rei judicatae. (ULP. 75. *ad Ed.*) Vgl. o. S. 565. u. 636. In der vorherigen Stelle wechselt Ulpian wie öfters die Person; s. meine Uebers. im deutschen C. J.

3) Fr. 19. *eod.*

4) Wening Th. I. S. 445. (c.)

5) Fr. 24. §. ult. *de P. A.*

6) Vgl. Glück XIX. S. 441.

7) Wening a. a. O.

8) Fr. 15. §. 25. *de Damno infecto.*

ner Weigerung in den Besitz Gewiesenen, ordnet also m. a. W. ein Vorzugsrecht desselben an (s. S. 580. und 642.).

Andere in Frage gestellte Erlöschungsfälle werden in den Quellen selbst öfters verneinend entschieden [1]).

---

1) S. z. B. Fr. 39. *de P. A.* C. 1. *de Pignorib.*

Zusätze und Berichtigungen.

Zu S. 35. Anm. 1. S. 227. Anm. 1. und S. 670. Anm. 5. bedarf noch Fr. 17. §. 1. *ad SCt. Vellejan.* der Berücksichtigung; es lautet so: Si mulier dixisset, sibi rem dotis nomine obligatam, et creditor curasset ei pecuniam dotis solvi, qui idem pignus acciperet, mulieri etiam pecunia credita deberetur, si possessor creditor adversus eam Serviana agentem exciperet, si non voluntate ejus pignus datum esset, replicationem mulieri SCti non profuturam, nisi creditor scisset, etiam aliam pecuniam ei deberi. (AFR. 4. qu.) Zur Erklärung dieser Stelle und zu ihrer Vereinigung mit Fr. 8. *eod.* sind zwei Wege offen, je nachdem man Intercession darin annimmt, oder nicht. Cujacius (Opp. T. I. p. 1308.), welcher der erstern Ansicht ist, sagt zur Hebung des anscheinenden Widerspruchs, die Frau scheine in jener Stelle das Pfandrecht ex ea caussa zu erlassen, qua sibi pecunia soluta est, non ex caussa creditae pecuniae, quam reticuit. In Betreff der letztern habe sie dasselbe behalten wollen; da sie nun dennoch zur Verpfändung der Sache ihre Einwilligung ertheilt habe, so intercedire sie dadurch für den Schuldner. Allein ich begreife nicht, worin hier die Intercession liege? Denn die Einwilligung zur Verpfändung einer uns verpfändeten Sache an einen Andern enthält nach Fr. 9. §. 1. und Fr. 12. pr. *Quibus modis pignus solvitur* nichts weiter, als einen Erlaß des Pfandrechts, also auch des dem neuen Gläubiger unbekannten, wenn der bisherige mehrere haben sollte. Wie, und auf welche Weise fände denn hier von Seiten der Frau eine Uebernahme der Verpflichtung des Schuldners Statt? Die, welche dies annehmen, wie Cujacius und

Glück (Pand. Bd. XV. S. 4 ff.) antworten mit der jüngern Glosse: „darin, weil das Verpfändenlassen einer uns verpfändeten Sache, wie das einer eigenen angesehen wird, und also dieselben Folgen hier den Begriff der Intercession hinter sich haben muß." Allein diese spezielle Folge wäre erst noch zu erweisen, und wird nimmer erwiesen werden können, da nirgends eine derartige Zusammenstellung eigener Sachen und Pfänder vorkommt, welche hierzu berechtigt, sondern der Begriff von Erlaß sich geltend macht. Mit Rücksicht auf den ohne Zweifel nach den angeführten beiden Stellen anzunehmenden Erlaß des Pfandrechts, nehme ich daher die Erklärung der ältern Glosse an, welche bei nisi nicht den ganzen vorhergehenden Satz in Gedanken wiederholt wissen will, (einen ähnlichen Gebrauch von si non s. in Fr. 10. §. 4. *Mandati*, — usuras eum petere non posse quasi ex caussa mandati, *si* in stipulationem deductae *non* sint;) sondern eine allgemeine Deutung annimmt, d. h. nicht gerade die Replik des Vellejanischen Senatsbeschlusses, sondern überhaupt eine solche zur Aufrechthaltung der Servianischen Klage. Danach lautete also die Entscheidung nicht dahin, daß jener Senatsbeschluß hier die Klage der Frau gegen den neuen Gläubiger nicht durchzusetzen vermöge, sondern: die Frau hat für ihre pecunia credita überhaupt gar kein Pfandrecht mehr, eben weil die Sache mit ihrem Willen verpfändet und dabei dieses letztere verschwiegen worden ist. Etwas Anderes wäre es aber freilich, wenn dieses zweite dem Gläubiger wohlbekannt gewesen und gar nicht bei dieser Gelegenheit in Berührung gekommen wäre, dann wurde die Sache mit diesem ältern behaftet erst dem neuen Gläubiger, also zum zweiten, verpfändet, und jenes behielt seinen Rang unangetastet.

Seite 228. Anm. 1. ist noch hinzuzufügen: C. 5. *eod.*

Seite 232. Zeile 12. v. o. lies: Verpfänders statt Gläubigers.

Seite 262. fehlt vor der Ueberschrift von §. 29. ein II.

Seite 280. Zeile 6. v. o. ist hinter Jedes, blos zur mehreren Deutlichkeit noch hinzuzusetzen: freiwillige, obwohl dies

Seite 279. Zeile 2. v. u. schon gesagt ist, so daß ein Mißverständniß wegen der ausgeschlossenen nothwendigen Pfandrechte nicht entstehen konnte.

Seite 541. Anm. 4. ist hinzuzusetzen: daß auch ein verpfändeter Sklave nicht mit Wirksamkeit an Schadens Statt ausgeliefert werden kann. Fr. 9. §. 4. *de Dolo malo.*

Seite 515. Anm. 2. ist noch hinzuzusetzen: Fr. 9. pr. *de Minoribus.*

Seite 531. ist Zeile 9. v. u. eine Anm. hinter dem Worte festzustellen ausgelassen, in der §. 6. C. *d.* zu citiren ist.

Quellenverzeichniß.

A. Die Theile des Corpus Juris, welche dem Pfandrecht ausschließlich angehören.

Anm. Auf denjenigen Seiten, deren Zahl ein * vorgesetzt ist, ist die bezügliche Stelle ganz oder theilweise abgedruckt.

Liber XX.

Tit. I. *de Pignoribus et hypothecis.*

Tit. II. *In quibus caussis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.*

Liber IV. Codicis.

Tit. *de Pigneraticia actione.*

Liber VIII.

Tit. XIV. *de Pignoribus et hypothecis.*

Tit. XV. *In quibus caussis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.*

Tit. XVI. *Si aliena res pignori data sit.*

Tit. XVII. *Quae res pignori obligari possunt vel non, et qualiter pignus contrahatur.*

B. Aus den übrigen Theilen des Corpus Juris nach alphabetischer Titelordnung.

a. Pandekten.

A.

§. 35. Von den fälschlich für gesetzliche gehaltenen Pfandrechten.

§. 36. Von der Erwerbung eines Pfandrechts durch Verjährung.

§. 37. Vom prätorischen Pfandrecht.

§. 45. Vom Anfang der übrigen nothwendigen und des letztwilligen Pfandrechts.

Siebenter Abschnitt.

Von

der Erwerbung bestehender Pfandrechte.

§. 46. Allgemeine Uebersicht, — unmittelbare Erwerbung.

§. 47. II. Von der mittelbaren Erwerbung eines bestehenden Pfandrechts.

Achter Abschnitt.

Vom

Umfange des Pfandrechts.

Zehnter Abschnitt.

Von den

durch das Pfandverhältniß entstehenden Klagen und Rechtsmitteln.

§. 59. Allgemeine Bemerkungen. — a. Von den petitorischen Klagen.

§. 60. b. Von den possessorischen Klagen.

§. 61. c. Von andern dem Gläubiger in Bezug auf das Pfand zuständigen Klagen.

Elfter Abschnitt.

Von

dem Zusammentreffen verschiedener Pfandgläubiger.

Zwölfter Abschnitt.

Von

dem Erlöschen des Pfandrechts.

c. Institutionen.

d. Novellen.

C. Aus andern Quellen.



Druck der Gebauerschen Buchdruckerei in Halle.

